IMPUNIDAD LABORAL Y SECTOR PÚBLICO EN GUATEMALA



MARZO 2013





STRENAP









IMPUNIDAD LABORAL Y SECTOR PÚBLICO EN GUATEMALA

ELABORADO CON EL APOYO DEL CENTRO DE SOLIDARIDAD

SOLIDARITY CENTER

AFL-CIO

Alejandro Argueta R.

MARZO 2013

Contenido

Prólogo

No puede existir un Estado de Derecho cuando las normas de su estructura jurídica no se cumplen. Cuando la impunidad es moneda corriente dentro de sus engranajes. Cuando es normal la violencia económica desde el Estado mismo. Sabemos que las violaciones de lo que conocemos como Derechos civiles y Políticos, desde las restricciones a las libertades individuales, hasta los deleznables genocidios, no surgieron sino como violencia ejercida en contra de los reclamos por los derechos laborales, económicos y sociales. Es decir, la primera manifestación de un Estado conculcador y protector de los empresarios y potentados, fue atacar ese grito primario con los más deleznables métodos de violencia. Pasada la tormenta, y sobre los escombros de esa agresión, se renuevan los reclamos para enmendar los estragos, pero todos empiezan a olvidar los reclamos originales. Todos olvidan la génesis que provocó la violencia, y se encaminan a un recuento de los daños y un reclamo de las deudas de los efectos, sin tomar en cuenta las causas. Y todo se vuelve normal, incluso la violencia económica ejercida cotidianamente en contra de los trabajadores. Incluso algunas organizaciones de derechos humanos, que se convierten, merced a intereses particulares, en mediadoras para ese reclamo, olvidan, convenientemente, en lo que es fundamental: los derechos de sus trabajadores, sometiéndolos a un régimen generalizado de impunidad y transgresión. Se convierten, a su vez, en violadoras de los derechos humanos, amparándose en un sistema corrupto.

Este trabajo, el cual leí con regocijo pero sin asombro, me devolvió la intensión de recuperar el sentido de dignidad que han perdido los trabajadores del Estado, y me remite a los inevitables cuestionamientos: ¿Definen las políticas neoliberales, impulsadas desde los reclamos exteriores al Estado, su corrupción? ¿O es innatamente corrupto? ¿O los reclamos de privatización son solo el acicate para mantener los privilegios de una clase eternamente entronizada en el poder detrás del trono? Es indudable que las políticas neoliberales no pretender sino mostrar al Estado débil, fortaleciendo de ese modo al sector privado, con el pretexto de que es mejor. Y es indudable que esas políticas son altamente nocivas para los desposeídos y sus propuestas de solución son vacías. La práctica nos salta a la vista: Se pretende, desde el Estado, prestar servicios débiles, a través del socavamiento de los intereses de los trabajadores, pero el sector privado es todavía peor. Es más, el sector privado aprovecha, y muy bien, esa debilidad, para amamantarse del Estado, en ocasiones, dejando al usuario en situación de total desventaja. Entonces, el neoliberalismo resulta inviable, dado que provoca corrupción y desorden, desde la desregulación. Es decir, agrava las condiciones de un Estado que se entendió corrupto desde sus orígenes.

Pero no se trata de entender la génesis del huevo o la gallina. Se trata de entender que, el sistema de privilegiar al sector privado del país, simplemente no funciona. Y de que el Estado está obligado a cumplir con las leyes.

Ahora que los casos de genocidio ganan espacios para su solución jurídica, ahora que es posible deducirle responsabilidades a los transgresores del pasado en materia de Derechos Civiles y Políticos, y ahora en que puede cimentarse una buena base para que esos hecho no se repitan, es hora de volver los ojos a las causas. Es hora de

entender que los Derechos Económicos Sociales y Culturales son más importantes, pues son la base de todo respeto ulterior.

Y este ensayo constituye un buen soporte para entender eso. Cada cuatro años se despiden a miles de trabajadores del Estado, con el pretexto de que los sustentan contratos temporales. Cada cierto tiempo es palpable la injerencia de gobernadores, diputados, alcaldes, en los ministerios y otras entidades públicas para "colocar a su gente", ejerciendo presiones directas (en mi poder existen cartas y oficios en donde algunas de esas autoridades exigen ese reclamo a directores de Área, en el caso del Ministerio de Salud), y con esas espurias acciones, pierde el Estado, pierden los usuarios, pero sobro todo, pierden los trabajadores. Sin tapujos, incisivo, elocuente y provocador, este ensayo nos remite a la necesidad de devolverle, pues, la dignidad al trabajador del Estado. Y son muchas las grietas que este sistema corrupto muestra, que no son, sino la oportunidad para clavarles las cuñas y desafiarlos como corresponde: desde entender cómo funciona, pasando por la definiciones jurídicas claras, y rematarlas con las acciones políticas que solo pueden ser posible desde la toma de conciencia del trabajador público, hasta su exigencia como corresponde. Después de todo, la ley nos ampara.

Mario Domingo

Presentación

Este informe tiene por objeto describir como se produce la impunidad laboral en el sector público de Guatemala. No pretende ser un estudio de explicación aunque tiene toda una concepción general que intenta, a modo de ensayo básico, presentar elementos de comprensión sobre el problema de la exclusión y el deterioro de las condiciones de vida de los empleados públicos en Guatemala.

Se han tomado como referencia una serie de casos presentados por organizaciones sindicales del sector público de Guatemala. También se tomaron en cuenta antecedentes de casos individuales que han producido importantes precedentes institucionales.

Sobre todo el informe trata de dignificar la relevancia de los servidores públicos que el modelo neoliberal aplicado brutalmente en nuestra Guatemala ha relegado aun rincón junto con la presencia del Estado en la sociedad. La lucha valiente de cientos de trabajadores estatales por la dignificación de sus condiciones de vida constituye un ejemplo de lucha por la construcción de un Estado democrático.

Se trata de ejemplificar dos situaciones concretas: el disfraz de la relación de trabajo y la discriminación antisindical.

Considero que ambos temas pueden ser objeto de un estudio más elaborado. Este es una sistematización de experiencias en un período de tiempo determinado. Pretendo que su aporte consista en definir ejes de acción para las organizaciones de trabajadores, no solo

estatales, sino también del sector privado ya que la degradación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos afecta a toda la sociedad en su conjunto porque imposibilita tener una administración de calidad y sobre todo orientada hacia la consecución del bien común por parte del Estado.

Muy por el contrario existe un mal común para toda la ciudadanía y consiste en la persistencia de políticas de degradación de las condiciones de trabajo. En este informe de sistematización puedo afirmar, sin categoría de conclusiones, los siguientes aspectos:

a) Existe una relación muy estrecha entre la degradación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos y las políticas de desestatización de la sociedad. En la medida en que son peores las relaciones laborales del sector público más deteriorada es la calidad de la administración pública. Por esa razón la lucha por la dignificación del trabajador del estado es también la lucha de la sociedad por una administración pública eficiente, democrática y justa.

b) El Estado reproduce y produce impunidad laboral para sí mismo como patrono. Reproduce su propio régimen político orientado a la subsistencia de un modelo oligárquico en donde la gobernabilidad de las relaciones laborales se realiza con una fuerte práctica de discriminación antisindical.

c) La desregulación de la institucionalidad laboral se produce por medio, principalmente, de la corrupción de la función pública de hacer cumplir las leyes laborales. La responsabilización de los funcionarios públicos constituye un aspecto esencial para el avance en la solución de estos problemas.

d) Los indicios de la existencia de una política estatal antisindical, ejecutada en las misma instituciones públicas, demuestran la profundidad del problema social y político que deriva del mantenimiento de una estructura de poder orientada hacia la explotación de los trabajadores, por mediodel establecimiento de condiciones laborales inferiores a los mínimos legales, y particularmente en la negación del derecho humano fundamental a organizar sindicatos y de negociar colectivamente.

Por ahora es mi sincero deseo que este esfuerzo realizado por los sindicatos de trabajadores de la administración guatemalteca, apoyados por el Centro de Solidaridad, encuentre un eco en el despertar de la conciencia de muchos más trabajadores que asuman defender sus derechos laborales exigiendo al Estado justicia social con la misma dignidad y valentía de todos los que aportaron los datos de sus casos para la sistematización de este informe.

Alejandro Argueta R.

Guatemala, marzo de 2013.

RELEVANCIA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

I. Un rincón en la sociedad:

Los trabajadores del estado son importantes. Es una afirmación que, para algunas personas, desafía la credibilidad. Muchos pensaran que es todo lo contrario, se afanaran argumentando lo inútil que es, no el empleado público en sí mismo, sino la función estatal que este ejerce; irán directamente a la afirmación sobre la innecesaria participación del estado en los procesos productivos económicos y sociales, rechazaran la actividad regulatoria de la institucionalidad pública sobre la conducta de los sujetos individualmente considerados, especialmente para los empresarios, quienes abogaran por que la sociedad y sus problemas, particularmente los relativos a intereses populares, se autorregulen según las reglas del mercado y se resuelvan bajo reglas de consenso o diálogo social entre ciudadanía y capital sin intervención de ninguna, o en el menos radical de los casos, con una mínima institucionalidad estatal.

En fin, los incrédulos sobre la importancia de los empleados públicos, se esforzaran por afirmar con propiedad, desde una posición políticamente correcta para guardar las imperiosas apariencias de sentido democrático y de respeto a los derechos humanos que debe estar presente en este tipo de críticas –especialmente cuando lo que conlleva es precisamente a violar esos derechos-, que es demasiado el gasto público en salarios y prestaciones sociales –sobre todo las que derivan de los pactos colectivos suscritos con los sindicatos de la

administración pública- para una burocracia que no es necesariay mejor sería que no existiera, y a continuación invitarán al público a apoyar la idea de la racionalización del gasto del presupuesto público en acciones directas de inversión de obras públicas, construcciones que realiza el sector privado empresarial, evitando la contratación de más empleados.

También apoyaran la reducción de esa inútil burocracia siendo indiferentes ante las condiciones degradantes en que son contratados o con relación a aquellas situaciones, que a veces aparecen en los medios de comunicación, en donde se despide masivamente a decenas de hombres o mujeres que alguna vez desempeñaron un cargo público y que en procesos de supuesta modernización de la entidad en la que laboraban fueron despedidos en aras a una mayor eficiencia o simplemente porque el gobierno de turno debe pagar las deudas clientelares con sus votantes cuando ofrecieron puestos a cambio de apoyo político.

Ese apoyo probablemente estará retocado con firmes denuncias de actos de corrupción, los señalamientos partirán del prejuicio de que todo empleado público es corrupto mientras no demuestre lo contrario. No sentirán mayor reproche de culpa interna por tergiversar un derecho humano fundamental como le es la presunción de inocencia, ya que considerarán que la administración pública no solo es evidentemente ineficaz sino que además es indudablemente corrupta.

De manera que aquellos que reaccionen incrédulos ante la afirmación de que los empleados públicos son importantes, concluirán que es normal percibirlos como trabajadores secundarios, marginales, sustituibles por su supuesta ineficiencia y proponen con urgencia su relevo por formas privadas en la prestación de los servicios públicos.

Pero ese modo de pensar responde a un planteamiento ideológico que consideró, en forma muy equivocada, la privatización de lo público en la sociedad. Esta forma de pensar, que promovió la desestatización de la vida social, sumió en un rincón de la vida social a los trabajadores del estado.

Los servidores públicos constituyen la materialización personal, física, de la función del estado. Son el cuerpo, la cara y la personalidad del estado. Cuando en una entidad pública tratan bien al ciudadano, usuario del servicio que se presta, éste agradece a una persona concreta la buena atención; de igual manera cuando recibe un mal servicio culpa a esa misma persona. De esta forma el empelado público materializa lo bueno o lo malo que el estado represente ante la ciudadanía.

Bajo un modelo de privatización de lo público, el trabajador del estado es precisamente el sector social el que físicamente materializan los procesos de desregulación o corrupción que dicha desestatización implica. Por eso aparecen como sujetos ignorados, invisibles, desacreditados, sujetos a la permanente comparación con el sector privado que se reputa honesto y eficaz, resultan ser, posiblemente no los culpables, pero si los sujetos que deben responder ante los reclamos ciudadanos por un mejor trato por parte del estado. Pero esa apreciación es una conveniente apariencia creada precisamente para ocultar su verdadera relevancia.

Entre más desprestigiado sea el trabajo de los empleados públicos como por ejemplo el del maestro, del policía, del médico y la enfermera de las instituciones públicas, más se justifica el pago de los servicios privados de educación, seguridad y salud. Se premia lo privado y se castiga lo público para hacer negocio de funciones que son por esencia de interés social y nunca de lucro particular.

Ese oscuro rincón en el que el modelo de privatización del sector público ha sumido al trabajador del estado no es más que el mínimo lugar en que se ha permitido al propio estado existir ante la ferocidad de la imposición del interés privado sobre el público. Estado y empleado, ambos sumidos en el rincón al que el modelo de privatización definió como el único reducido espacio en donde puede existir función pública.

II. La perversa privatización de lo público

Para argumentar a favor de la importancia de los trabajadores del estado primero es preciso explicar la razón por la que se considera que han sido sumidos en un rincón de la sociedad junto con el propio estado. Porque la persistente desacreditación del sector público con valoraciones como: innecesario, ineficaz, corrupto, ineficiente, etc., frente al énfasis de los supuestos beneficios de su privatización no es ni casualidad ni tampoco es simple crítica social. Constituye el discurso de legitimación del modelo de privatización del estado como condición para la modernidad y la democracia desde la particular perspectiva de los intereses de élites económicas.

Entre 1990 y aún en la mitad de la primera década del siglo XXI predominó la idea que la privatización del estado era una condición ineludible para lograr su modernización no solo como meta para su eficiencia sino como condición política para sustentar la democracia. Esta idea implicó asumir la desestatización de la sociedad, es decir, menos estado y más mercado, o menos estado y más libertad individual. El empequeñecimiento del estado no solo se dio en la reducción de su participación en actividades productivas de bienes y servicios (las privatizaciones de las empresas públicas como la

distribución de energía eléctrica o la telefonía) sino principalmente se manifestó en lo que se conoce como desregulación.

La idea de regulación estatal consiste en que las actividades productivas y públicas de la sociedad se organizan a partir de leyes preestablecidas las cuales se deberían orientar a la consecución del bien común por medio de su efectiva aplicación por parte del estado. La desregulación consiste en el proceso contrario, es decir, que el funcionamiento del estado ya no se realice en hacer cumplir esas leyes o garantías normativas sino en privilegiar la iniciativa individual, privada o sectorial en deterioro de intereses mayoritarios.

De esta forma la desestatización de la sociedad se realiza ya sea por medio de una desregulación y cuando esta no es posible se llega al mismo punto, a la ausencia de capacidad regulatoria por parte del estado, por medio de la corrupción de la función pública, es decir, cuando el funcionario o empleado público actúa en contra de su propia función u omite realizarlas en beneficio propio o un tercero. Desregulación y corrupción son al final de cuentas "variables del mismo proceso" (Sojo: 2004, p. 4).

Esa pérdida de capacidad pública de regulación de la vida social se produce frente a las actividades productivas y públicas. Para imaginar la dimensión basta en comentar cómo se organiza la vida económica de la sociedad bajo este tipo de modelo. La producción de bienes de consumo, como los alimentos, se realiza sin mayor control sanitario, no hay control de pago de impuestos, de pago de prestaciones laborales, de respeto al medio ambiente (que va desde proteger bosques, recursos naturales, ríos, lagos, evitar el ruido excesivo, la contaminación del aire, etc.), la importación de materias primas o insumos para esa actividad se realiza, probablemente, apoyándose en el contrabando, el transporte de las mercancías se tiene que hacer bajo altos niveles de inseguridad pública, es posible

existan extorciones, la mano de obra puede que sea de bajo nivel de productividad por falta de capacitación y educación, al igual que la salud precaria de los trabajadores, etc… Todo este desorden social deriva de una incapacidad estatal para regular, por medio de las normas, las actividades individuales de producción y sin lugar a dudas se favorecen intereses sectoriales elitistas que resultan beneficiados económicamente por la desregulación y corrupción derivada del propio modelo de estado, y es a los trabajadores del estado a los que les corresponde, como se dice popularmente, "poner la cara" de toda esta incapacidad de regulación.

Imaginar frente a la situación de desregulación o corrupción como variables creadoras de la desestatización de la sociedad la posición del empleado público en la sociedad nos lleva a afirmar la metáfora de que esta en un rincón. Junto con el estado que perdió presencia territorial, cediendo su hegemonía a las empresas privadas, especialmente las transnacionales, el empleado público también pierde presencia social. Ya no es reconocido como el "servidor" que encarna, con su trabajo cotidiano, la realización del bien común para la sociedad.

Mucho menos será reconocido socialmente cuando las prácticas mercantilistas dominan la lógica de función pública. Los pactos elitistas diseñados y ejecutados desde el gobierno, cuando no tiene capacidad de regulación del interés privado frente al interés social, bajo modalidad de costo-beneficio, propio de la lógica empresarial, producen el denunciado y repudiado clientelismo estatal. La institución de gobierno ya no es una función de servicio sino una agencia en donde la ciudadanía es el cliente y el funcionario público un gerente.

Así la lógica del negocio, por ejemplo en el otorgamiento de licencia de exploración o explotación minera o en el diseño de "zonas

libres" para la inversión extranjera (maquilas), se convierte a nivel macro en el único referente de desarrollo a través de metas estatales regidas por principios de competitividad o productividad empresarial. Esa lógica llevada al plano micro se representa por los más crudos actos de corrupción o clientelismo en casos particulares que repiten anécdotas como estas: "hay que pagar por esto o por lo otro; solo un "amigo" dentro del estado me resuelve el problema".

En este modelo de estado al gobierno se le asigna un papel secundario en la función de regular las actividades sociales de producción y las funciones públicas. Estas se dejan al libre poderío del interés privado e individual. Si se considera marginal al gobierno, pues en la misma medida, también se considera marginal a sus empleados.

La relevancia de estos trabajadores y trabajadoras subsiste a pesar de las políticas de modernización del estado que impuestas desde hace veinte años han enfatizado la privatización de la función pública señalando estrechos límites para la participación económica y social del estado y también denunciando el gasto público en salarios de los empleados de la administración como excesivo y, en consecuencia de la reducción del estado, como innecesario. De ahí la invisibilización del empleado público en un rincón de la sociedad.

III. La persistente presencia del estado y de sus empleados

Muy a pesar de las campañas de desacreditación de lo público frente a lo privado, el estado sigue existiendo y la administración pública sigue siendo un factor político e institucional esencial para la existencia de la sociedad y la proyección de la estrategia de desarrollo

económico y social nacional. Esa existencia real y concreta de la administración pública (central, descentralizada y autónoma), por muy disminuida que se la haya dejado, implica el trabajo diario de miles de hombres y mujeres.

Los empleados públicos hacen realidad la presencia del estado en Guatemala, con su trabajo, funcionan diariamente puertos, hospitales, registros, bancos, municipalidades, centros educativos de todo nivel: primarios, secundario, diversificado, universitario; se construyen carreteras, edificios para oficinas, centros comunitarios; se les da mantenimiento a una amplia infraestructura productiva; se cobran y administran impuestos, se planifica la economía nacional; se administran las finanzas, el crédito y el dinero; se hace limpieza en las calles, se suministra agua potable, se genera energía eléctrica, se hacen funcionar las fronteras y también los aeropuertos; se presta seguridad ciudadana, se persigue el crimen, se administra justicia. Todo realizado día a día con el trabajo de empleados públicos.

La importancia de los trabajadores del estado radica en la relevancia que tiene el cambio de modelo de estado. El evidente fracaso de las políticas neoliberales con relación a la desestatización de la sociedad marca el rumbo de re estatizar la sociedad bajo nuevos valores que según la CEPAL debería comprender:

a) Prevalencia del interés general y la provisión de bienes públicos.

b) Visión estratégica concertada.

c) Política como forma de privilegiar los dos valores anteriores.

En este sentido propone una nueva arquitectura de la relación entre estado y sociedad, en la cual se le permita al primero ser el conductor de la estrategia de desarrollo económico y social del país.

Esta conducción se visualiza con la realización de políticas públicas dotadas del universalismo social necesario (BID: 2006; p. 10)

La idea neoliberal de concebir el estado, y junto con esta modalidad de administración pública que lo hace funcionar, solo ha producido mayor desigualdad económica y social. Produjo una terrible crisis global con un enorme costo social. Con esta idea se facilitó y privilegio la "búsqueda a ultranza de la ganancia individual" deteriorando las condiciones materiales y sociales de la vida de la colectividad. Situación que se produce por el poder que ejercen las élites sobre los derechos de las personas y bienes públicos. (CEPAL: 2011)

Así el consenso mundial en respuesta a la crisis ha sido un ajuste de enfoque a la idea del modelo de relación entre estado y sociedad. Sin cambiar la esencia del sistema dominante se ha llegado a aceptar que el estado, en lugar de ser anulado, debe fortalecerse y es imperioso mejorar la capacidad de intervención reguladora estatal en la sociedad.

Aunque la viabilidad de esta propuesta implica la necesaria resolución del problema político que implica la construcción del consenso social, colectivo y mayoritario sobre la decisión de hacer prevalecer el interés público sobre el privado, es imperioso que el estado sea dotado de las herramientas necesarias para retomar su papel en función del bien común y la consecución de la justicia social superando los obstáculos que producen los intereses políticos de turno que mantienen modelos de gobierno con profundos déficit democráticos.

Los trabajadores y trabajadoras del estado son la principal herramienta estratégica para lograr ese cambio de enfoque en el modelo de estado. Son ellos y ellas las personas que conforman el aspecto humano de la presencia del estado. Ahí se encuentra su actual relevancia estratégica.

La Organización Internacional del Trabajo ha manifestado (Departamento de Diálogo Social: 2011) que el sector público es clave para impulsar una estrategia de desarrollo sostenible y para superar la situación de pobreza de muchos países. Ese sector funciona por medio de los empleados públicos y éstos por medio de sus organizaciones laborales constituyen un factor clave para la estrategia de diálogo social que permita la gestión, diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas que realicen la finalidad del estado.

Los empleados públicos son tan importantes al igual de como lo es la presencia del estado en la sociedad. Esa es su relevancia cualitativa y la calidad de su trabajo va a estar directamente determinada por las condiciones de trabajo que su empleador, en este caso el estado, les establezca. En ese sentido la forma de organizar el trabajo del sector público implica directamente la forma de modelo de gestión estatal. No sería posible considerar viables las recomendaciones y consensos regionales con relación a esa nueva arquitectura estatal en el contexto presente si al mismo tiempo se mantiene una estrategia labora violenta, excluyente, autoritaria y des institucionalizada –informal- para organizar el trabajo de los empleados públicos.

Así los conflictos laborales en el sector público guatemalteco constituyen un indicador de la prevalencia de modelos de gestión estatal históricamente desfasados del ámbito regional latinoamericano. Mientras la mayoría de países privilegian una estrategia democrática e institucionalmente respetuosa de los derechos laborales en el sector público, reflejados en respeto a la organización sindical y negociación colectiva como condición para el establecimiento de políticas salariales dignas, jornadas de trabajo ajustadas para la eficacia del ejercicio de la función pública moderna, acceso a la seguridad social para el empleado público y su familia y, sobre todo, prácticas de diálogo social eficientes y de buena fe; en

Guatemala, prevalece un modelo precario de administración laboral en el sector público.

Condiciones de trabajo en el sector público y posibilidad de una nueva arquitectura estatalson variables íntimamente vinculadas en una estrategia de desarrollo económico y social. Esa vinculación determina la afirmación realizada al principio sobre la importancia de los empleados del sector público.

IV. Relevancia cuantitativa de los empleados públicos:

Esta relevancia se expresa en la proporción de personas que laboran para la administración pública guatemalteca. Según la Encuesta Nacional de Empleo e Ingresos –ENEI 2012- realizada por el Instituto Nacional de Estadística, la administración pública es la quinta actividad que absorbe a la población ocupada en Guatemala. Hay más empleados públicos que trabajadores en el sector de la construcción y es prácticamente la misma cantidad de empleados que los que laboran en el sector servicios el cual constituye la cuarta actividad económica con más ocupación.

Los empleados públicos constituyen un total de 428,107 trabajadores y trabadoras a nivel nacional en Guatemala. Se concentran en el área urbana del país, en el área rural no tienen mayor presencia –lo cual corresponde a la ausencia del estado en cuanto a su presencia territorial enaéreas rurales- son 97,000 trabajadores y constituyen la quinta actividad económica con relación al empleo que absorbe en esta área. En el área metropolitana constituyen la tercera actividad económica con 128,130 personas ocupadas y en total en el área urbana del país existen laborando 331,214 empleados o

trabajadores públicos. La mayoría de los empleados públicos son mujeres las que equivalen al 52% del total de servidores públicos. Con relación al total de actividades económicas la administración pública es la cuarta rama de actividad en relación a la inserción al empleo de la mujer a nivel nacional. Junto con el comercio y los servicios, la administración pública son las ramas de actividad en donde la contratación de mujeres es mayor a la de hombres.

Un dato importante de que refleja las condiciones de trabajo en el sector público, según la ENI 2012, es que en la administración pública existen 98, 413 personas laborando en condición de subempleo visible[1]. La mayoría de estos trabajadores son mujeres que llegan a constituir 66,398 empleadas públicas que laboran a tiempo parcial y se encuentran concentradas en las áreas urbanas.

Los empleados de la administración pública en Guatemala reciben en promedio un salario mensual equivalente a Q.3, 915.00. Para enero de 2013 la Canasta Básica Vital correspondía a la cantidad de Q. 4,816.20 mensuales y la Canasta Básica Alimentaria a Q. 2,639.40. Esto quiere decir que en promedio para enero de 2013 los empleados públicos de Guatemala se les pago, en promedio, un salario mensual 32% más alto que lo necesario para pagar los alimentos que corresponden a la subsistencia de una familia de cinco miembros; y definitivamente el promedio de salario de un empleado público tiene un déficit de aproximadamente el 20% del costo para mantener una familia de cinco miembros en condiciones vitales en relación a alimentación, salud, vivienda, vestido, transporte, recreación, cultura y educación, ya que el promedio de los salarios que les pagan al mes es inferior al costo mensual de la Canasta Básica Vital.

1. Según el Instituto Nacional de Estadística se define con subempleo visible a las personas que teniendo un trabajo, en este caso dentro de la administración pública, laboral menos del tiempo completo y tienen la necesidad o el deseo de que les aumente el tiempo de labor.

CONFLICTO LABORAL, ESCENARIO DE DIGNIFICACIÓN DEL EMPLEADO PÚBLICO

Los conflictos laborales son la expresión del descontento de los trabajadores frente a sus patronos cuando éstos violentan el régimen institucional que comprende y garantiza sus derechos económicos y sociales. Los trabajadores protestan ante la reducción de sus condiciones materiales de vida cuando se les niegan sus derechos. La protesta es el conflicto en sí mismo, que expresa la magnitud política y social de la lucha entre el sector patronal que desea reducir o desaparecer el régimen laboral para tener menos costos de producción.

En el caso de los trabajadores o empleados del sector público los conflictos laborales expresan, su anhelo por conservar la oportunidad de tener una vida digna para sí mismos y para su familia. Pero también expresa, en forma directa o indirecta, la defensa de la competencia pública que implica su puesto de trabajo dentro de la estructura gubernamental. Toda defensa de las condiciones materiales de vida de los trabajadores del estado implica a la vez una defensa de la administración pública porque no es posible construir una "nueva arquitectura estatal", comoindica la CEPAL, con trabajadores que prestan sus servicios en condiciones precarias dentro del sector público.

Los conflictos laborales y colectivos en el sector público, especialmente, los relativos al ejercicio del derecho fundamental de libertad sindical y negociación colectiva, expresan la protesta de los

trabajadores gubernamentales contra la estrategia de desestatización de la sociedad impulsada por el modelo neoliberal ya que ésta implica para el mundo del trabajo la desregulación de la institucionalidad que protege el ámbito social y económico de los trabajadores.

La drástica reducción de los derechos laborales de los trabajadores del estado se ha intentado realizar por medio de reformas institucionales directas que se implementan para disminuir o derogar las garantías jurídicas de protección social y económica que se han mantenido a lo largo del tiempo desde momentos en que fueron conquistadas por movimientos sociales que exigieron al estado la creación leyes protectoras del trabajo. Este es el caso de la continuada vigencia del Código de Trabajo desde 1947 o de la Ley de Servicio Civil desde 1968. Una variada serie de leyes reglamentarias desarrollan las garantías establecidas en estas dos leyes ordinarias y complementan la declaración constitucional de 1985 en donde se reconoce los derechos laborales para el sector público.

Aunque los procesos de reforma no han sido exitosos en su objetivo de des institucionalizar estas garantías a pesar de varios retrocesos, por ejemplo la ley que regula el derecho de sindicalización y huelga para los trabajadores estatales, el régimen jurídico mantiene su vigencia y de ahí que sea posible exigir al estado la aplicación de la ley ante estrategias patronales que buscan precisamente desmantelar esa estructura de derechos.

Ahí se ubican los conflictos laborales de los trabajadores del estado, que cuando se convierten en denuncias ante la estructura gubernamental del sistema de justicia, expresan con toda intensidad el deseo de dignificar al empleado público con el cumplimiento de la ley que rige sus derechos en el trabajo.

Sin embargo, la reducción de derechos laborales no solo se realiza por medio de reformas ya que cuando ésta no es posible entonces se realiza por medio de la corrupción[2] directa del sistema institucional de justicia. La expresión concreta de esta corrupción es lo que conocemos como impunidad. El estado deja sin castigo, sin consecuencia jurídica las violaciones a los derechos laborales cometidas por los patronos en contra de sus trabajadores.

La impunidad laboral, especialmente la que se produce para garantizar la represión del ejercicio del derecho de libertad sindical y negociación colectiva, es el mecanismo que permite la desregulación de la estructura institucional laboral sin necesidad de reformas o derogar leyes ya que éstas continúan vigentes pero no se aplican. De esta forma el régimen político que determina el carácter excluyente, arbitrario y autoritario del modelo de estado fomenta y produce una debilidad estructural en la institucionalidad pública con el objeto de no aplicar las leyes que existen y están vigentes. De esta forma la degradación de los derechos laborales se hace realidad y se facilita el modelo de desestatización de la sociedad.

2. La definición de corrupción que se utiliza en este informe es normativa. El inciso c) del numeral 1 del artículo VI de la Convención Interamericana Contra la Corrupción define como acto de corrupción la realización por parte de un empleado o funcionario público de cualquier acción u omisión en el ejercicio de sus funciones que redunde en beneficio propio o de un tercero.
En este caso la impunidad asumida como la realización, por parte de funcionarios y empleados públicos encargados de hacer cumplir la ley, de acciones u omisiones en el ejercicio de sus funciones públicas con el propósito de dejar en impunidad –sin consecuencia legal- los actos de violación de la ley laboral en beneficio de los patronos, constituye corrupción del sistema institucional de justicia.
La impunidad laboral favorece al patrono. Garantiza una considerable reducción de los costos económicos ordinarios de sus actividades y en el sector público permite la manipulación clientelar del servicio civil. Hay un beneficio directo para el patrono, que ante el estado es un tercero, con la impunidad. Por eso se acusa de corrupción la situación de inaplicación de la ley laboral en casos constatados de incumplimiento.

Ante este tipo de régimen político basado en la exclusión, el autoritarismo y la arbitrariedad, los trabajadores realizan acciones de resistencia con el objeto de proteger las históricas conquistas institucionales de carácter social. También luchan para intentar crear nuevos mecanismo de protección. Los conflictos laborales son la expresión política y social de esa resistencia. Desde las vías de hecho hasta la institucionalización de sus reclamos, los trabajadores protestan denunciando la impunidad laboral. Estas denuncias visibilizan conflictos laborales, individuales y colectivos, que en el caso del sector público afectan no solo la dignidad de los trabajadores del estado sino también deterioran la calidad de la administración pública.

Desde la perspectiva del estado de derecho y la consolidación del régimen político democrático los conflictos laborales institucionalizados expresan, con genuino sentido ciudadano o ingenuo acto de confianza, la fe de los trabajadores en el sistema político.

Cada planteamiento de demandas laborales ante la Inspección General de Trabajo o en los Tribunales de Trabajo es acto de legitimación entre ciudadanía y estado. Sin embargo la respuesta que el estado da a ese acto, casi de fe, por parte del ciudadano no es más que la confirmación del carácter arbitrario, corrupto y excluyente de todo el régimen político que domina a la sociedad.

Los conflictos laborales sometidos por los trabajadores públicos ante la estructura gubernamental de justicia laboral develan la estrategia de desregulación de la institucionalidad que protege la función pública por medio de garantías de resguardo a los derechos económicos y sociales del servidor público. Contribuyen no solo a la denuncia sino también identifican los puntos concretos de cambio

institucional que deben realizarse para democratizar el régimen político del estado.

Este documento analizarádos ejes de conflictividad laboral en el sector público guatemalteco: el primero, el relativo a situaciones de disfraz de la relación de trabajo y el segundo, comprende violaciones al derecho de libertad sindical y negociación colectiva como prácticas sistemáticas de discriminación antisindical.

Para analizar los conflictos en esas tres dimensiones es necesario precisar tres elementos de análisis para que sirvan de marco de comprensión de la descripción de los hechos de cada caso. Estos elementos son:

a) La impunidad,

b) Los derechos fundamentales en el trabajo, y

c) La responsabilización.

I. La impunidad laboral

La impunidad es una característica del régimen político del estado. Cuando el estado se organiza para garantizar la exclusión y desigualdad social con el objeto de proteger una estructura económica que establece relaciones sociales de producción basadas en prácticas de trabajo forzoso y en la explotación económica de los trabajadores y de los recursos naturales del país, entonces precisa de un mecanismo que garantice la realización de esas acciones con la garantía de no aplicar las leyes que están vigentes y que limitan esa posibilidad.

La impunidad se construye con ese objetivo y se produce dentro de la estructura gubernamental debilitando, lo más que sea posible, la capacidad estructural del estado para aplicar su propio régimen jurídico. De esta forma, en el sector público, la impunidad laboral permite garantizar que el costo del servicio civil sea más bajo y establece una estructura de dominación basada en el autoritarismo y la violencia lo que facilita la implementación de políticas de desregularización de la función pública.

La dimensión de la producción de impunidad laboral implica dos ámbitos concretos: Por un lado, la desregulación de la estructura jurídica de los derechos laborales a partir del desconocimiento de los derechos fundamentales en el trabajo; y por otro lado, la corrupción del funcionario o empleado público encargado de hacer cumplir la ley.

La impunidad de las violaciones a los derechos laborales de los trabajadores del sector público constituye uno de los principales mecanismo de la desestatización de la sociedad. Por un lado, como ya se indicó, degrada la condición material de vida del servidor público y por otro afecta la calidad de la función pública. También expresa el déficit democrático del modelo de estado ya que la impunidad como situación concreta es un indicador de la fragilidad institucional que imposibilita al estado responder, en forma democrática y efectiva, a las demandas de la sociedad.

La perpetuación de una estructura económica y social desigual se garantiza por medio de la impunidad laboral. La misma relevancia que tiene para la “nueva arquitectura estatal” el mantener una institucionalidad laboral que garantice mayor igualdad en la regulación del mercado laboral protegiendo entre otras cosas: los ingresos básicos de los trabajadores, el acceso a la seguridad social, la protección de la familia del trabajador, el fomento de la organización de los trabajadores

para democratizar la gobernanza de las relaciones laborales, etc; es la relevancia que tiene la impunidad para mantener un modelo o régimen político de exclusión social y económica.

II. Derechos fundamentales en el trabajo

La impunidad niega el acceso a los derechos como garantías de igualdad de oportunidades en el trabajo. Esos derechos que son todos los considerados en el régimen jurídico laboral guatemalteco tienen especial relevancia cuando se trata de derechos fundamentales.

Se consideran derechos fundamentales a aquellos que califican de modo condicional la existencia de un estado de derecho. Dentro del conjunto de derechos fundamentales (que son derechos humanos) existen cuatro que se consideran derechos fundamentales en el trabajo y que su efectiva aplicación permite calificar la existencia de un estado de derecho.

Estos derechos fundamentales en el trabajo fueron considerados como tales en la Declaración de 1998 de la Organización Internacional del Trabajo en la que se considero como tales los siguientes:

a) La libertad de asociación y la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva,

b) La eliminación del trabajo forzoso u obligatorio,

c) La abolición del trabajo infantil,

d) La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Guatemala mantiene un régimen político que violenta estos cuatro derecho en forma grave.[3] Con relación al análisis de impunidad laboral en el sector público guatemalteco resaltan tres violaciones concretas.

La primera tiene relación con la existencia de políticas de discriminación antisindical. Estas políticas van desde el rechazo de la constitución de organizaciones sindicales en dependencias estatales hasta la realización de acciones violentas contra la integridad o vida de los trabajadores.

La segunda es la existencia de políticas de exclusión o discriminación de la mujer trabajadora. La tercera implica la realización de prácticas de trabajo forzado como lo es exigir la realización de jornadas extraordinarias bajo la amenaza de ser despedido (OIT, 2012. p. 130).

Tiene especial relevancia, si se toma en cuenta que la tendencia hegemónica en materia de política pública establece el fortalecimiento de la institucionalidad laboral como ente regulador del mercado de trabajo bajo el principio de alcanzar la igualdad como forma de erradicar el carácter excluyente de la estructura social que profundiza la pobreza y niega las posibilidades de desarrollo, todas las acciones de discriminación que se realizan en forma antisindical y en contra de la mujer.

El régimen jurídico laboral de Guatemala tiene abundantes instituciones legales para garantizar un trato no discriminatorio en el trabajo. Estas garantías van desde las prohibiciones de actos de

---

3. Sobre estas violaciones existen abundantes observaciones por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Para consultar estas observaciones: *http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11110:0::NO:11110:P11110_COUNTRY_ID:102667*

discriminación en el trabajo hasta la consideración de delitos penados con prisión por actitudes discriminatorias.

Existen dos importantes instituciones jurídicas de materia penal que regulan la garantía contra tratos discriminatorios. Por una parte la existencia del delito de discriminación en el artículo 202 "bis" del Código Penal y la ley contra el Feminicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer (decreto legislativo 22-2008) que establece el delito de violencia económica específicamente referido a los actos por medio de los cuales se limiten o restrinjan los derechos laborales de una mujer. El primer delito, el de discriminación tienen una pena de prisión entre uno y tres años, el segundo, el de violencia económica tiene una pena de prisión entre cinco y ocho años.

La existencia de estas instituciones jurídicas resalta la relevancia de la política para erradicar la discriminación en el trabajo. Sin embargo, la falla del sistema de justicia al ser incapaz de aplicar estas instituciones en casos concretos devela el carácter corrupto de la institucionalidad, ya que al no aplicar la ley se favorece al patrono –como tercero frente al funcionario público- que se ve favorecido por la omisión de la función pública de asegurar la eficacia de la ley, el beneficio para el patrono consiste en que puede organizar el trabajo de manera excluyente e incluso violenta que no tendrá la garantía de no recibir ninguna sanción legal por su conducta.

La estructura institucional estatal no solo tolera sino fomenta esa impunidad. Por esa razón cada denuncia o demanda laboral presentada por empleados públicos y que no es atendida por el estado constituye una evidencia material del carácter excluyente, arbitrario y corrupto del régimen político del estado.

III. La responsabilización (accountability)

Para que la impunidad se produzca en forma concreta es necesario que se corrompa la función pública de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Para que eso sea posible las agencias estatales que ejercen un control horizontal de la función pública también deben dejar de cumplir su cometido. De esta forma se asegura el carácter autoritario y arbitrario del régimen político.

Se considera que para calificar el nivel de democracia de un régimen político no es suficiente hacerlo de forma vertical, es decir, verificar únicamente que existan elecciones periódicas y aceptablemente tranparentes, sino que es preciso analizar si existe, en una sociedad dada, la capacidad de que la estructura gubernamental pueda controlar la legalidad del funcionamiento de las agencias estatales que la conforman.

A esta capacidad, que se conoce en inglés como acountability y en español como responsabilización, se le otorga el nivel de calificar la existencia de un déficit de democracia. O´donell define como responsabilización (O´donell, 2004 . p. 12):

> "La existencia de instituciones estatales que tienen autoridad legal y están fácticamente dispuestas y capacitadas para emprender acciones que van desde el control rutinario hasta sanciones penales o incluso impeachment (juicio político), en relación con actos u omisiones de otros agentes o instituciones del estado que pueden, en principio o presuntamente, ser calificados como ilícitos La existencia de instituciones estatales que tienen autoridad legal y están fácticamente dispuestas y capacitadas para emprender acciones que van desde el control rutinario hasta sanciones penales o incluso impeachment , en relación con actos u

> omisiones de otros agentes o instituciones del estado que pueden, en principio o presuntamente, ser calificados como ilícitos”

Agrega que la responsabilización entra en juego cuando hay situaciones de corrupción que consiste en “ventajas ilícitas que los funcionarios obtienen para sí mismos y/o sus asociados”. La producción de la impunidad es una situación de corrupción como se ha venido exponiendo en este informe. Los funcionarios públicos encargados de hacer cumplir la ley, en el ejercicio de sus funciones cometen acciones u omisiones que benefician a un tercero –en este caso el patrono- con el privilegio de no recibir sanciones por la realización de actos que vulneran los derechos fundamentales en el trabajo.

La ausencia de una política de responsabilización es el medio para la creación de impunidad. En el caso de los reclamos por conflictos laborales en el sector público de Guatemala las situaciones de acciones u omisiones directas para no ejercer control de legalidad por parte de funcionarios y empleados públicos de la Inspección General de Trabajo y de los Tribunales de Trabajo, son abundantes. Esto a pesar que existen competencias específicas para prevenir y sancionar actos de irresponsabilidad institucional en la aplicación de las leyes laborales. Por ejemplo, el artículo 293 del Código de Trabajo contiene una garantía específica de responsabilización que existe desde la promulgación de esta ley en febrero de 1947:

> Artículo 273. —Si las infracciones, violacio-nes o incumplimientos a que se refiere el artículo 272, así como todos los otros previstos en las demás leyes de trabajo o de previsión social, son cometidos, animados o tolerados por funcionarios o trabajadores al servicio del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, de cualquier otro organismo

> relacionado con las actividades de éste, o de los tribunales de Trabajo y Previsión Social, además de la sanción correspondiente, los culpables deben ser destituidos de sus respectivos cargos sin pérdida de tiempo. Quedan a salvo, en cuanto a la sanción imponible, lo dicho en disposiciones especiales, así como las mayores responsabilidades penales y civiles que en contra de los culpables puedan declarar los tribunales comunes.

Existen también claras consecuencias jurídicas por omitir hacer cumplir la ley o por actuar en contra de esa función. Las consecuencias son en primer orden, administrativas ya que los funcionarios públicos responsables de estos actos pueden ser disciplinados e incluso, como establece este artículo, despedidos con causa justa.

La ley de Servicio Civil y su reglamento, así como el Reglamento General de Tribunales, la ley de la Carrera Judicial y su reglamento, la ley de Servicio Civil del Organismo Judicial y el régimen laboral del Ministerio Público, establecen la posibilidad administrativa de destituir a los funcionarios que omitan cumplir su labor de aplicar la ley.

Por otro lado el Código Penal establece delitos específicos, recientemente modificados en 2012, para sancionar con pena de prisión el abuso de autoridad, el incumplimiento de deberes, la desobediencia, el prevaricato, la denegación de justicia, entre otras acciones criminales que atentan no solo contra los derechos de las personas –en este caso los trabajadores del estado–, sino especialmente en contra de la administración pública y la administración de justicia como bienes jurídicos protegidos por la ley penal.

Entonces, existe en el régimen institucional guatemalteco: autoridad pública con competencia legal para sancionar la irresponsabilidad, existen sanciones administrativas y penales por esa

irresponsabilidad, existe competencia para ejercer responsabilización, pero no existe voluntad fáctica para hacerla efectiva.

Por ejemplo, una situación totalmente común en la realidad laboral del sector público de Guatemala puede observarse cuando en una dependencia del estado la autoridad máxima despide a un grupo de trabajadores por haber formado un sindicato. En ese momento esa autoridad pública está cometiendo un acto de discriminación antisindical. Esa conducta tiene repercusiones legales laborales y penales. En lo laboral la consecuencia es que los trabajadores despedidos pueden ser reinstalados y pagados sus salarios y prestaciones dejadas de percibir durante todo el tiempo que estuvieron ilegalmente expulsados de su centro de trabajo. En lo penal existe responsabilidad por el delito de discriminación y si hay mujeres entre las personas despedidas entonces existe responsabilidad por delito de violencia económica en contra de la mujer.

Los inspectores de trabajo tienen la obligación de verificar estos hechos y realizar las acciones que sean necesarias para restaurar los derechos de los trabajadores. También tienen la obligación de denunciar al Ministerio Público los hechos que puedan ser constitutivos de delitos de acción pública como la discriminación y la violencia contra la mujer.[4]

Si el inspector de trabajo no puede resolver el conflicto el caso pasa a los tribunales de trabajo. En el caso de que se dicte una resolución de reinstalación y la misma sea desobedecida por el funcionario público que ejerce la autoridad máxima de la entidad entonces el juez, al igual que el inspector de trabajo, tiene la obligación de denunciar esa desobediencia, que es delito según el artículo 420

4. Esta obligación está contenida en el numeral 1) del artículo 298 del Código Procesal Penal y también el artículo 12 de la ley contra el feminicidio.

del Código Penal, al Ministerio Público. Si el juez de trabajo omite realizar esa denuncia penal obligatoria entonces el juez está cometiendo delito de omisión de denuncia regulado en el artículo 457 del Código Penal.

Al tener conocimiento de esto el Ministerio Público debería procesar a todos los involucrados por los delitos descritos, incluyendo al patrono que inició todo el conflicto al realizar despidos discriminatorios. Sin embargo, en Guatemala, a pesar que existe una sección especial de la Fiscalía de Derechos Humanos para la atención de delitos contra sindicalistas, provista de la competencia necesaria para investigar y procesar no solo a los patronos que violenten estos derechos, sino también a los empleados y funcionarios públicos que toleren esos actos (acuerdo 49-2011 de la Fiscalía General), su funcionamiento también se ha caracterizado por omitir o actuar en contra de su propia función pública.

Esta es la situación de absoluta falta de responsabilización horizontal que caracteriza el déficit democrático en la gobernabilidad de las relaciones laborales en Guatemala. Con esa base, con la falla total de la estructura institucional de justicia en materia laboral, fue que la Comisión de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo en 2011 declaró una situación grave de impunidad prácticamente total derivada de:[5]

a) Lentitud e ineficacia de los procedimientos penales en relación con actos de violencia cometidos en contra de sindicalistas,

b) Retrasos excesivos de los procedimientos judiciales (en materia laboral) y

5. Informe de la Comisión de Normas, Primera Parte, Conferencia Internacional del Trabajo, Actas Provisionales 18, 100ava. Reunión, Ginebra, 2011. Párrafo 169.

c) La falta de independencia del poder judicial.

En ese mismo sentido el gobierno de Estados Unidos reclamó al gobierno de Guatemala la existencia de graves violaciones a la función pública de hacer cumplir la ley cuando solicita el procedimiento de consultas como parte de la violación al capítulo laboral del tratado de libre comercio suscrito entre ambos países. El gobierno estadounidense acusó al gobierno de Guatemala de tres hechos:[6]

a) El Ministerio de Trabajo no ha investigado supuestas infracciones de la legislación laboral.

b) El Ministerio de Trabajo no ha tomado medidas coercitivas después de haber reconocido infracciones de la legislación laboral.

c) La judicatura ha dejado sin cumplir órdenes de las cortes laborales en casos de infracciones de la legislación laboral.

Argumento posee abundantes pruebas de hecho que demuestran la veracidad de su acusación. Es decir, se afirmó que existe evidencia que las entidades públicas guatemaltecas omiten cumplir la función de velar por la aplicación de la ley laboral lo cual realizan, no en casos aislados, sino en forma de un curso sostenido y recurrente de incumplimiento. Esto coincide con la declaratoria de impunidad prácticamente total que hiciera la OIT.

La violación de los derechos fundamentales de los trabajadores se garantiza por medio del mecanismo de la impunidad, como se ha expuesto en este análisis, y ésta a su vez se produce dentro de la estructura gubernamental como característica del régimen político del estado. Para su materialización la impunidad requiere la corrupción

6. Solicitud por escrito del 30 de julio de 2010 dirigida por el gobierno de Estados Unidos al gobierno de Guatemala.

del sistema de justicia y ante la imposibilidad de ejercer responsabilización de los funcionarios públicos que producen la impunidad se profundiza el déficit democrático existente en la sociedad con relación a la gobernabilidad de las relaciones de trabajo. Esa es la relevancia del análisis de responsabilización ya que es una vía de abordaje para la comprensión de la situación de impunidad y también para proyectar una modificación del régimen político que la produce.

En este sentido es importante tomar en cuenta que la Comisión de Normas de la OIT en 2011, junto con la declaración de una situación grave de impunidad prácticamente total, también reconoció y solicitó que la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala –CICIG- colaborará en la investigación de casos de violencia contra sindicalistas (párrafo 173 del acta referida anteriormente).

Este reconocimiento y solicitud es relevante porque el mandato de la CICIG, según el inciso d) del artículo 1 del acuerdo de creación, aprobado por el decreto legislativo35-2007, establece como ámbito de su mandato la investigación de cuerpos ilegales de seguridad o aparatos clandestinos de seguridad, los cuales define como grupos que cometan acciones ilegales para afectar el pleno goce y ejercicio de derechos civiles y políticos, en este caso el derecho a la libre asociación, y que vinculados en forma directa o indirecta con agentes del estado puedan contar con la capacidad de generar impunidad para sus acciones ilícitas.

Teniendo presente esta definición del mandato de la CICIG es evidente que el examen en la OIT de la violación en Guatemala del derecho fundamental de libertad sindical y negociación colectiva y la impunidad total existente ha llegado al punto de ser considerado como un asunto que se produce por medio de cuerpos ilegales de seguridad que ameritan ser investigados como tales y no simplemente en el marco de conflictos laborales particulares.

EL DISFRAZ DE LA RELACIÓN DE TRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO

I. La fantasía del disfraz

La voracidad de la estrategia neoliberal de desestatización de la sociedad se aprecia en forma más evidente en la desregulación de la institucionalidad del mercado laboral. La privatización, o dicho de manera más clara, el libre dominio del interés privado sobre el interés público tiene relevante impacto en la manera en que se desarrollan las relaciones de trabajo en las sociedades en donde domina la opción política por este modelo que fomenta la desregulación y corrupción del sistema institucional.

El patrono desea total libertad para organizar su actividad económica sin reconocer y evadir, lo más que pueda, garantías sociales respaldadas con la fuerza jurídica del Estado y que eventualmente los trabajadores afectados puedan exigir para obligarlo a pagar, a cambio del trabajo que recibe, salarios dignos. Por lo menos lo obligarían a pagar el salario mínimo a miles de trabajadores agrícolas, la mayoría indígenas, a quienes históricamente el sistema económico y social dominante nunca les ha ofrecido la oportunidad de trabajar si no es en las fincas y plantaciones dedicadas a la agro exportación en donde se les paga muy poco.

La desregulación y corrupción en el mercado laboral hace realidad ese deseo patronal y otros más como aquél de ser impune cuando contrata niños en lugar de adultos, privándolos de la oportunidad de educarse y tener una niñez plena e integra de oportunidades de desarrollo; hace realidad el deseo de contratar mujeres y pregonar su actualización con los más exigentes parámetros de la igualdad en el trabajo, pero sin reconocerle a sus empleadas el derecho a recibir un salario en condición de igualdad con los que paga a sus trabajadores hombres, así el patrono contratará mujeres pero evadiendo toda responsabilidad patronal frente a los descansos que humanamente son necesarios para garantizar una maternidad sana y la lactancia materna para su hijo. En sus deseos el empleador rechazará cualquier disposición que establezca límites al tiempo de trabajo obligatorio de las jornadas que los trabajadores tienen que cumplir, y particularmente rechazará el sistema legal que le impida condicionar el trabajo en jornada extraordinaria bajo la amenaza de despedir al que no lo realice.

Así, en los sueños patronales por la desregulación de las garantías sociales en el trabajo, rechazará todo lo que comprende la institucionalidad laboral vigente, no estará de acuerdo en pagar cuotas de seguridad social, no invertirá nada en la seguridad laboral del centro de trabajo, sí pagará seguridad policial privada para controlar a los trabajadores, hasta cuándo van al sanitario e invertirá lo que sea necesario en cámaras y grabadoras de video digital bajo la muy dudosa justificación que es "para la seguridad de todos". Establecerá como obligatorio que los trabajadores se sometan a pruebas de polígrafo para estar midiendo la "honestidad" o la "honorabilidad" de sus empleados los que serán cuestionados sobre sus opiniones personales con relación a la política y muy particularmente, sobre el derecho a constituir sindicatos, en todo eso sí gastará, pero no invertirá nada en

condiciones seguras para evitar accidentes laborales o enfermedades profesionales.

Si las autoridades públicas, encargadas de aplicar la ley laboral, se lo permiten entonces procurarán evadir el derecho mínimo de quince días hábiles de vacaciones pagadas; tampoco reconocerá el descanso semanal remunerado y si puede establecerá un inútil contrato de trabajo por horas para no tener que reconocer ni los treinta minutos diarios de descanso remunerado por cada día laborado. Especialmente procurará, cuando realice un despido, incumplir el pago de indemnización por tiempo servido por muy injusta que sea su decisión de dejar sin medios de subsistencia material a una persona y posiblemente a la familia que depende de ella; y finalmente, si tiene todos esos deseos, y el Estado se los hace realidad, su principal interés será no permitir, en ninguna medida, la posibilidad que sus empleados se organicen para resistirse de todo este mal trato, de esta explotación sin límites y de este abuso económico al que los somete, por eso mantendrá siempre una política de discriminación antisindical.

A estas alturas el patrono se dará cuenta que si el Estado le permite la impunidad de todas estas acciones inhumanas entonces ya no necesitará, con tanta urgencia, reformas legales que disminuyan o hagan desaparecer esas garantías sociales que podrían impedir la consecución de sus sueños y deseos de interés privado; ya que la corrupción de la función pública de garantizar el imperio de la legalidad ya se los ha hecho realidad.

Esta corrupción es fuente inmediata de la impunidad laboral la que a su vez constituye el estado normal de la gobernabilidad del mercado laboral bajo prácticas de violencia, exclusión y discriminación permanente. El objetivo, desde este tipo de Estado, es facilitar los procesos de enriquecimiento del sector privado a costa del sufrimiento

y deterioro de población mayoritaria de la sociedad que son los trabajadores.

En Guatemala, los índices sociales sobre trabajo infantil, las estadísticas de ingresos de la población, los datos sobre exclusión de las mujeres y los abundantes datos sobre denuncias y demandas por despidos masivos, injustos y discriminatorios, se juntan con las graves acusaciones de violencia antisindical. Esa enorme cantidad de denuncias y demandas sin resolver por parte de las autoridades públicas hacen evidente su complicidad con los patronos y demuestran la corrupción del sistema de justicia.

Sin embargo, un modelo de Estado corrupto necesita legitimarse para lograr permanencia en el tiempo. Le es urgente resolver el problema de que la población afectada por el incumplimiento de las leyes que aseguran sus derechos se resista en forma legítima a semejante estado de impunidad. El sistema de dominación requiere la implementación de mecanismos de poder que permitan disciplinar a la gran mayoría de trabajadores a resignarse aceptando empleos sin derechos laborales.

La situación ideal de la desestatización es crear la fantasía legal de que los empleados acepten trabajar sin reclamar al Estado la aplicación de las leyes que los protegen y aun reclamándolas, las autoridades puedan negarle los derechos en forma aparentemente legítima justificando, bajo argumentos jurídicos, la impunidad del patrono.

Semejante situación de dominación es una fantasía porque se está imaginando algo que no existe en la realidad de la institucionalidad formal, porque en la formalidad institucional lo que existe es que el Estado comprende un sistema de leyes laborales que tiene la obligación de hacer cumplir a los patronos y que solo lo puede

dejar de hacer si corrompe su sistema de justicia. Corrupción que es a la vez ilegal desde el punto de vista formal.

Lo que se busca es precisamente regular las relaciones laborales no por medio de la estructura institucional formal y legal del Estado sino crear una estructura informal en donde la corrupción quede disfrazada de legalidad. Para lograrlo el sistema utiliza el fraude de ley. Se entiende por fraude de ley una situación en donde una persona para evadir el cumplimiento de una ley, en este caso una ley laboral, invoca fraudulentamente el cumplimiento de otra ley diferente.

Los fraudes de ley son una degeneración del sistema legal y su aceptación por parte del Estado es corrupción, pero mientras el ciudadano crea en ellos y la autoridad omita cumplir su función el fraude adquiere el estatus de una fantasía legal y legítima situaciones de vulneración de derechos de las personas.

Una muy elaborada fantasía legal para lograr esa resignación de los trabajadores es el disfraz de la relación de trabajo. Consiste un fraude de ley en donde se oculta una verdadera relación de trabajo por medio de la aceptación del trabajador de contratos civiles o mercantiles de servicios profesionales o técnicos (Argueta, 2007, p. 29). Mediante un engaño se crea la fantasía legal de que el trabajador no tiene derechos sociales, pero en la realidad sí los tiene y el Estado tiene la obligación de hacerlos efectivos siempre y cuando los trabajadores reclamen.

Su realización es más grave cuando el Estado que tolera la realización del fraude para favorecer a los patronos del sector privado, reproduce la misma lógica de dominación para contratar a los empleados públicos bajo fraudulentas contrataciones en los renglones 029, 183 y 189. El mismo Estado crea la fantasía legal de que estas contrataciones, sin prestaciones laborales, son legales. En este caso

el Estado fomenta la corrupción de sí mismo en beneficio propio y del sector privado. Por esa razón el asunto del disfraz de la relación de trabajo evidencia la lógica de la desestatización por medio de la corrupción de la función pública.

II. Un disfraz que sí hace daño

Disfrazar verdaderas relaciones laborales con falsos contratos de servicios civiles técnicos o profesionales es una de las formas básicas en que el modelo de desestatización de la sociedad logra desregula la institucionalidad de los derechos laborales mediante la corrupción del sistema de justicia que tolera un fraude de ley cometido por los patronos en contra de los trabajadores. Afecta directamente la base material de vida de los trabajadores públicos, la calidad de la administración pública y las instituciones sociales de previsión social.

En el informe de desarrollo humano de 2008 las Naciones Unidas explican con detalle como este fraude es un ejemplo generalizado de restricción a la libertad para trabajar y explica las consecuencias no solo para el trabajador sino también para la recaudación de recursos financieros para el Estado y para las instituciones de previsión social (PNUD, 2008; p. 287)

Este tipo de fraude legal el patrono no reconoce formalmente la calidad de servidor público al trabajador. A pesar que en la realidad sí lo trata como empleado público porque la persona que aparece en el papel contratada como "contratista" está realizado labores de servidor público, inclusive en no pocos casos hasta como funcionario; reciben órdenes de sus jefes y también debe acatar acciones de disciplina que se le aplican por cualquier cosa: por llegar tarde, por no presentarse a una reunión, por negarse a realizar horas extraordinarias, etc...

Además, el fraude no implica únicamente el desconocimiento de la calidad de servidor público derivada de la realización de la función administrativa, sino que también el hecho de que el trabajador está realizando funciones públicas,[7] sino que además labora dentro de la organización de la entidad pública, es decir, está sometido a dependencia continua de su empleador. Es, para decirlo en pocas palabras, un servidor público no reconocido, excluido de la familia de la administración pública y llamado contratista como que si fuera un hijo ilegítimo al que se le niegan todos los derechos familiares.

Cuando los abogados del Estado –estos son los que están asignados a la Procuraduría General de la Nación y en específico a las entidades públicas– argumentan en las cortes para negar los derechos de los trabajadores, utilizan un altisonante discurso jurídico en donde afirman que los trabajadores son "contratistas", prestadores de un servicio y no de un trabajo para el Estado.

Por ejemplo en un despido ilegal en el Ministerio de Agricultura los abogados del Estado con tremenda jactancia jurídica decían ante las cortes:

> "…que (el trabajador) Arístides Hernández Garrido no ejerció funciones como empleado público pues no ostentó la calidad de trabajador porque el puesto que ocupó no era consecuencia de un contrato de trabajo, sino de un contrato administrativo debidamente regulado en la Ley de Contrataciones del Estado, mediante el cual devengaba honorarios, ello en atención al artículo 1 del Reglamento

---

7. Innumerables ejemplo podrían explicar esta situación, pero uno muy evidente es el despido masivo de personal que se realizó en el Registro Nacional de las Personas –RENAP-. Al ser expulsados en forma violenta, sin fundamento legal, los trabajadores que ejercían la función pública de dar fe de los hechos sujetos a inscripción en el registro, son substituidos por otros que no reciben el cargo en forma normal. De esta cuenta que las inscripciones podrían ser objeto de una grave vulnerabilidad legal.

de la Ley del Servicio Civil que indica que no se consideran funcionarios o empleados públicos aquellos que son retribuidos con honorarios, como sucede en el presente caso, que se trataba de un prestatario de un servicio.” **(Sentencia de apelación de amparo, expediente 2997-2012 Corte de Constitucionalidad)**

La corte denegó el argumento frívolo por su evidente improcedencia. El trabajador obtuvo una victoria legal en contra del abusivo despido del cual fue víctima.

Un servidor público es en esencia una persona que ha sido contratada para prestar un servicio personal a favor de la administración pública –del organismo ejecutivo, judicial o legislativo; de la administración central, descentralizada o autónoma–, a cambio de una remuneración, y bajo la dependencia continuada y dirección inmediata de la propia Administración Pública. Esos son los elementos que definen a un trabajador del Estado.[8]

Se es empleado público por el tipo de relación funcional que se tiene con la administración pública y no por el tipo de contratos o documentos que se hayan impuesto al trabajador para ocultar su verdadero estatus o categoría. El documento con el que se contrata a

---

8. En ese sentido todas las definiciones de servidor público contenidas en el ré gimen normativo administrativo que establece los servicios civiles de las diferentes entidades del Estado contienen los mismos elementos, por ejemplo:
Artículo 4 de la Ley de Servicio Civil del Organismo Legislativo, decreto legislativo 44-86:
“**ARTICULO 4. Trabajador del Organismo Legislativo.**
Para los efectos de esta ley se considera trabajador del Organismo Legislativo, la persona individual que ocupe un cargo en la administración, en virtud de nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo legal, por efecto del cual queda obligado a prestarle sus servicios en los términos que corresponda a cambio de un salario, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata de la Junta Directiva de dicho Organismo, o de la autoridad que corresponda, en ejercicio de la función administrativa.”
En el mismo sentido define la calidad de servidor público el artículo 4 de la Ley de Servicio Civil, decreto legislativo 1748; el artículo 4 de la Ley de Servicio Municipal, decreto legislativo 1-87.

una persona podrá decir que es un “contratista”, y pudieron haber llevado todos los procedimientos formales para declarar los servicios prestados como que si fueran efectivamente realizados por un contratista. Pero si en la realidad, en el día a día de la prestación de los servicios personales, las funciones que realiza la persona contratada son propias de un empleado subordinado a la función administrativa del Estado, entonces la situación es que se trata de un servidor público disfrazado, por imposición de su patrono: el Estado, de contratista.

La dinámica del fraude laboral responde a las lógicas del modelo de desestatización de la sociedad. Es parte de la estrategia de desregularización de la institucionalidad del Estado con el fin de favorecer una estructura administrativa gubernamental manejable para los intereses privados en deterioro de los intereses públicos.

El daño para el trabajador:

La calidad de vida de los trabajadores se afecta porque la necesidad de obtener un empleo se utiliza como base para la oferta violenta de un trabajo sin prestaciones laborales. El patrono, en este caso el estado, ofrece al trabajador público un contrato de empleo bajo la premisa de: “o lo tomas o lo dejas”. Este tipo de oferta de trabajo es violenta porque implica la utilización de la necesidad económica como condición para aceptar un trabajo evidentemente precario.[9]

9. La precariedad del empleo no se refiere únicamente al nivel mensual de ingresos sino a la calidad en que el mismo es ofrecido por el patrono. Por ejemplo un empleado público puede tener un promedio de ingreso mensual relativamente próximo al costo de la canasta básica vital, pero a pesar que en promedio obtiene un ingreso relativamente aceptable si se compara con la gran mayoría que no le pagan ni el salario mínimo, el empleo se sigue considerando precario porque carece de acceso a la seguridad social, también se le niega ese derecho a su conviviente e hijos, no tiene bono anual ni aguinaldo, tampoco prestaciones por maternidad en el caso se trate de una mujer, no tiene vacaciones, ni jubilación y tampoco recibe indemnización por tiempo servido si llegará a ser despedido.

El trabajador sometido a este fraude de disfraz de su relación de trabajo recibe de su patrono una remuneración menor que la que reciben los empleados públicos contratados en forma permanente por la entrega de su fuerza de trabajo a pesar que realizan exactamente el mismo trabajo. Es una relación desigual, injusta y sobre todo, totalmente ilegal. Esta situación profundiza la desigualdad social y limita fuertemente las posibilidades materiales de desarrollo de la familia del trabajador del sector público.

La historia de una valiente mujer expone con claridad el daño que el disfraz ocasiona a los trabajadores. Evelyn Janeth Márquez Sitamul labora como Dama Bombero de la Escuadra B en la Dirección General de Aeronáutica Civil, afiliada al sindicato de trabajadores USTAC. Su trabajo requiere un valor especial: estar dispuesta a atender cualquier accidente que se produzca con las naves aéreas que despegan y aterrizan en la pista internacional del aeropuerto la Aurora en la Ciudad de Guatemala. A ella, a pesar de ser evidente la subordinación a la que está sometido su trabajo, el Ministerio de Comunicaciones la contrato como servicios técnicos bajo renglón 029 y, como se impone por costumbre patronal, no tenía prestaciones.

En agosto de 2006 Evelyn estaba embarazada y aun así la despidieron. Los abogados del Estado, y de la Dirección General de Aeronáutica, como acostumbran en defensa de las injusticias, no tuvieron ningún reparó ético para argumentar que la trabajadora no tenía ningún derecho a prestaciones sociales de protección laboral para su maternidad y para la vida de su bebé. El argumento simplemente se basaba en que ella había firmado el contrato que decía que no tenía derechos laborales y que se podía rescindir en cualquier momento.

La carencia de acceso a todos estos legítimos derechos es lo que permite afirmar que la oferta de empleo es precaria independientemente del nivel de ingresos mensuales que tenga el empleado público.

El juicio llevo casi cuatro años. En todas las instancias Evelyn obtuvo un fallo favorable.[4] Pero al final el daño estaba hecho, se le despidió cuando estaba embarazada. Eso es una grave violación laboral pero también es un delito según la ley de feminicidio y violencia contra la mujer. En eso consiste el daño, en la inhumana privación de derechos humanos para los valientes servidores públicos, que reciben mal agradecimiento por parte de su patrono ya que, como Evelyn, les corresponde poner su vida en peligro cuando tienen que atender un accidente, pero les niegan sus derechos básicos.

Si en la entidad pública donde labora una persona sometida a disfraz de su relación de trabajo existe un pacto colectivo de condiciones de trabajo que establezca: mejores escalas salariales, sistema escalafonario, prestaciones económicas, seguros sociales, garantías de estabilidad, acceso a cultura o recreación, programas de becas y estudios, seguros médicos, etc., todos estos derechos el patrono se los negará porque no es reconocido como empleado público.

Por esa razón se afirma que el disfraz de la relación de trabajo constituye un mecanismo de la política de discriminación antisindical tolerada y fomentada por el estado y sector patronal y que tiene por efecto directo la desaparición de los sindicatos de trabajadores, como se tratará de exponer con la mayor claridad en el apartado sobre discriminación antisindical.

El daño a la administración pública:

El daño a la calidad de la administración pública consiste en que las personas contratadas en una situación de disfraz realizan funciones

---

10. Sentencia de apelación de amparo, expediente 1279-2009 de la Corte de Constitucionalidad. Hace un excelente análisis de la limitación del principio de autonomía de la voluntad y de cómo prevalece la relación laboral sobre contratos civiles que encubren el verdadero carácter del vínculo jurídico entre el servidor público y el Estado.

públicas, pero como ya se indicó, no se les reconoce la calidad de empleados públicos. Carecen de nombramiento e inclusive existen leyes que les prohíben utilizar fondos públicos o ejercer dirección de personal en la realización de actividades correspondientes a la función pública.[11] Pero el objetivo del disfraz es que sí realicen todas esas funciones pero sin ser reconocidos. Esa degradación del cargo público afecta en forma indudable la calidad de la administración porque las funciones se realizan por medio de una burocracia sometida a condiciones precarias de trabajo, sin estimulo y, sobre todo, sin estabilidad laboral. De esta forma se imposibilita la creación de un efectivo sistema de carrera administrativa.

El fraude del disfraz de la relación de trabajo niega el principio básico de estabilidad a la que todo ciudadano, que por derecho constitucional opta por ocupar un cargo público,[12] tiene derecho a no ser removido de su cargo únicamente si comete una falta grave previamente establecida en un procedimiento previo con todas las garantías de defensa.[13]

---

11. Artículo 2 del acuerdo No. A-118-2007 del Contralor General de Cuentas de la República:
"**Artículo 2.** Al personal contratado bajo el Renglón Presupuestario 029 "
Otras Remuneraciones de Personal Temporal" por carecer de la calidad de servidor público, no le son aplicables las normas contenidas en el Decreto 89-2002, Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos y su Reglamento; por lo que no están afectos ni obligados a la presentación de la Declaración Jurada Patrimonial y en consecuencia tiene prohibición para el manejo de fondos públicos, ejerzan funciones de dirección y decisión. Esta prohibición surte efectos a partir del uno de agosto de dos mil siete. "
12. Artículo 113 de la Constitución Política de Guatemala:
"ARTICULO 113. Derecho a optar a empleos o cargos públicos. Los guatemaltecos tienen derecho a optar a empleos o cargos públicos y para su otorgamiento no se atenderá más que a razones fundadas en méritos de capacidad, idoneidad y honradez."
13. Inciso 6 del artículo 3 de la Ley de Servicio Civil decreto legislativo 1748:
"6. Los trabajadores de la administración pública deben estar garantizados contra despidos que no tengan como fundamento una causa legal."
El mismo principio se establece en: el inciso d) del artículo 3 de la Ley de Servicio Civil Municipal decreto legislativo 1-87; el inciso a) del artículo 37 de la Ley de Servicio Civil del Organismo Judicial decreto legislativo 48-99; el artículo 3 de la Ley de la Carrera Judicial decreto legislativo 41-99.
Se puede encontrar el mismo reconocimiento normativo en muchas leyes de servicio civil de dependencias descentralizadas y autónomas por ejemplo: la Universidad de San Carlos, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, el Ministerio Público, entre otras.

Esta garantía de estabilidad es la base del sistema de carrera administrativa en el servicio civil del estado. La estabilidad cohesiona el derecho constitucional a optar a un cargo público, con el proceso de selección de la persona más idónea para ocupar el mismo y la garantía de su inamovilidad a menos que cometa una falta grave. De esta forma la sociedad en su conjunta tendría la garantía que en la administración pública son nombradas, para ocupar los distingos cargos que existen, las personas con las mejores aptitudes, precisamente para garantizar la excelencia de la administración, y que estas personas no podrán ser removidas en forma arbitraria.

El disfraz de la relación de trabajo de un empleado público destruye todo el sistema democrático de acceso al cargo y también la posibilidad de mantenerse en el mismo, porque con un disfraz de la relación de trabajo no existe selección, no existe nombramiento y tampoco existe estabilidad ya que pueden ser removidos en forma caprichosa y en cualquier momento.

De esta forma el sistema de servicio civil de la administración pública queda debilitado al punto de tener una gran fragilidad institucional que favorece estructuras clientelistas y sumamente arbitrarias. Los “puestos” se entregan y se quitan a voluntad del funcionario de turno.

Esa vulnerabilidad del servicio civil también determina que el empleado público, disfrazado de “contratista”, desarrolle una cultura institucional sumisa que conviene para mantener sin crítica la política oficial que degrada la función pública al alejarla del cometido de alcanzar el bien común y dirigirla a satisfacer intereses económicos elitistas del sector privado. La burocracia, disfrazada, sin reconocimiento legítimo de su carácter de servidor público se arrincona así mismo por el terror de ser despedido en cualquier momento y sin ninguna garantía de recibir prestaciones.

El mismo temor que le hace aceptar el contrato sin prestaciones laborales determina el temor a ser un sujeto crítico de la política pública. Ese temor es la necesidad económica. Así la administración pública disminuye su eficacia a través de este modelo de contratación fraudulenta y violenta de los servidores. De esa forma toda la sociedad sufre las consecuencias del debilitamiento de la institucionalidad pública.

La dimensión que puede tener este fraude en la administración pública Guatemalteca aún no se ha medido en forma precisa. Una aproximación a la dimensión que pueda tener se desarrolla a continuación. Para explicar el planteamiento se utilizará la definición de puesto público que la Oficina Nacional de Servicio Civil utiliza para cuantificar el número de puestos en la administración central.

Se define como puesto público (ONSEC, 2011; p. 4): "el conjunto de tareas, atribuciones, responsabilidades y obligaciones que conforman una unidad de trabajo específica e impersonal, que requiere la contratación o nombramiento de una persona para el desempeño del trabajo a realizarse". Esta definición se basa, no en el tipo de contrato o documento que firma la persona seleccionada para ocupar el puesto, sino en el tipo de tareas, atribuciones, responsabilidades y obligaciones que le son asignadas. Es decir, lo que determina el carácter de puesto público, es el tipo de trabajo que se realiza, no los papeles que se firmaron.

En cinco años el tamaño de la burocracia del servicio civil de la administración central se ha aumentado en un 124%:

Tabla No. 1
NUMERO DE PUESTOS PUBLICOS POR AÑO
SEGÚN TIPO DE INSTITUCION

CLASE DE INSTITUCION	número /1 de puestos públicos						
	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Ministerios	102,011	125,358	127,806	168,069	200,328	213,807	231,493
Secretarías	2,126	2,091	2,229	2,612	3,166	3,256	3,226
Otras	1,114	580	897	992	1,057	1,432	1,579
TOTAL	105,251	128,029	130,932	171,673	204,551	218,495	236,298

Fuente: Ministerio de Finanzas Públicas, Guate nóminas
1/ Nómina mes de junio de cada año

Sin embargo el número de empleados públicos reconocidos por la ONSEC es menor al número de puestos existentes. Según el estudio realizado (ONSEC, 2011; p.15) la razón podría ser que algunos empleados, como el caso de maestros, pueden tener varias contrataciones y ocupar diferentes puestos de trabajo. Sin embargo también existe la diferencia con relación al número de personas contratadas bajo fraude laboral de disfraz de la relación de trabajo cuando han sido incorporadas a una entidad pública como "contratistas" cuando en realidad están haciendo tareas y atribuciones propias de un puesto público.

El análisis comparativo entre los empleados públicos aceptados por el Estado y las personas disfrazadas como "contratistas" puede estimarse comparando el gasto público presupuestado para la contratación de personal permanente (011) y personal temporal como servicio técnicos y profesionales y otros servicios profesionales (029, 183 y 189):

Tabla No. 2

GASTO PÚBLICO EN CONTRATACIÓN DE PERSONAL 011, 029, 183 Y 189 POR AÑO EN LA ADEMINISTRACIÓN CENTRAL-en quetzales-

Tipo de contratación	Años presupuestarios						
	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Personal Permanente 011	3,331,916,884.00	3,331,916,884.00	4,282,078,470.00	4,808,403,964.01	4,808,403,964.01	4,758,397,323.00	5,961,030,609.00
Personal técnico y profesional 029, 183 y 189	785,027,743.00	785,027,743.00	979,801,654.00	1,108,724,162.00	1,108,724,162.00	1,498,117,657.75	1,847,554,489.00

Elaboración propia. Fuente: Informe de ejecución de ingresos y egresos del Estado. Ministerio de Finanzas Públicas.

Estos datos permiten apreciar que durante la serie de siete años el promedio de proporción entre los servicios profesionales y los empleados públicos con relación de trabajo reconocida es del 26%. Una cuarta parte de las personas que ejercen, posiblemente, cargos públicos podrían no tener reconocida su relación laboral. Aunque esta comparación no demuestra empíricamente que el total del gasto público reportado en la contratación del personal 029, 183 y 189 sea necesariamente una situación de fraude por disfraz de la relación de trabajo, si permite apreciar la proporción del gasto del presupuesto bajo estos rubros y dan una magnitud de la estructura del servicio civil en la administración central.

Tomando en cuenta el alto número de reclamaciones por fraude es muy probable que una fuerte proporción de estos gastos si se encuentren en situación de disfraz de la relación de trabajo.

El incremento de esa proporción presenta un agudo aumento en los últimos tres años. En 2009 la proporción fue del 23% pero para el 2011 la proporción aumento al 31%. Por otro lado la inversión del gasto público en personal permanente (011) tiene un promedio, para los años en que ha aumentado[14], es del 22%, mientras que la inversión de gasto público en los casos del personal contratado como profesional o técnico presenta un promedio de aumento del 24%.

El daño a las entidades de previsión social:

El daño o defraudación a las entidades de previsión social consiste en que el Estado deja de pagar las cuotas obligatorias que como patrono debe entregar a:

a) Régimen de Seguridad Social.

b) Régimen de Clases Pasivas

c) Cuota de recreación de los trabajadores del estado.

Con la práctica del fraude del disfraz no solo se afecta al trabajador sino se debilita financieramente estas instituciones de seguridad y previsión social que han sido diseñadas sobre el principio de solidaridad que determina que toda persona tiene obligación de contribuir a su sostenimiento, independientemente de si utiliza el régimen de beneficios o no. En este caso es el Estado el que fomenta la vulnerabilidad de estos programas institucionales de protección

14 En algunos años el gasto público en personal permanente de la administración central ha disminuido en una proporción de por lo menos 1.4%

La estimación aproximada de esta defraudación es la siguiente:

Tabla No. 3 ESTIMACIÓN APROXIMADA EN QUETZALES DE LA DEFRAUDACIÓN DE CUOTAS DE PREVISIÓN SOCIAL EN LA CONTRATACIÓN DE PERSONAL POR RENGLON 029, 183 Y 189 POR AÑO EN LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL

Tipo de prestación	Años presupuestarios						
	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
IGSS Accidentes, Enfermedad y Maternidad	75,362,663.33	75,362,663.33	94,060,958.78	106,437,519.55	106,437,519.55	143,819,295.14	177,365,230.94
Cuotas Clases Pasivas	172,706,103.46	172,706,103.46	215,556,363.88	243,919,315.64	243,919,315.64	329,585,884.71	406,461,987.58
Cuota Recreación	1,075,380.47	1,075,380.47	1,342,194.05	1,518,800.22	1,518,800.22	2,052,215.97	2,530,896.56
Total	249,144,147.26	249,144,147.26	310,959,516.71	351,875,635.41	351,875,635.41	475,457,395.82	586,358,115.08

Elaboración propia. Fuente: Informe de ejecución de ingresos y egresos del Estado. Ministerio de Finanzas Públicas.

- La cuota del IGSS comprende las referidas al Estado como patrono y la de los trabajadores equivalente a 9.96% por concepto de maternidad, accidentes y enfermedad.
- La cuota de clases pasivas comprende el 10% del Estado como patrono y un promedio del 12% de las contribuciones que corresponderían a los trabajadores, según decreto legislativo 63-88.
- La cuota de recreación equivale al valor de medio día de trabajo por año, según decreto legislativo 81-70.

social ya que hace prevalecer el interés inmediato de obtener la facilidad de mantener un régimen arbitrario y clientelista del servicio público por medio del fraude de ley del disfraz de la relación de trabajo.

La defraudación, según esta estimación aproximada, alcanza la cantidad de 2,6 mil millones de quetzales por los siete años analizados. El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social posiblemente dejó de percibir 111 millones de quetzales en promedio por cada año y en total de los siete años analizados aproximadamente 779 millones de quetzales. La recreación de los trabajadores del Estado perdería aproximadamente 11 millones de quetzales y, por el monto de las cuotas, la más perjudicada son las clases pasivas que pierden en promedio cada año 255 millones de quetzales.

III. La falsa legalidad

El disfraz de la relación de trabajo es un fraude legal, se sostiene sobre la corrupción. Pero, como se expuso anteriormente, constituye un sofisticado y complejo mecanismo de dominación que disciplina, mediante violencia económica, la aparente aceptación del trabajador de un trabajo precario y se presenta como una fantasía legalista en donde se asume como jurídicamente válida la defraudación de los derechos vigente en la ley para beneficio del trabajador.

Los mecanismos o dispositivos de poder en la desestatización de la sociedad, por medio de la desregulación y la corrupción, no son solamente arbitrarios, ilegales y violentos, sino que se construyen y aplican para que el sujeto beneficiado con esta destrucción de la estructura institucional de protección social y económica, quede investido de una falsa legalidad certificada por un Estado definitivamente corrupto que traiciona su propio fin al abandonar el

imperio de la ley y la búsqueda del bien común. Ese sujeto beneficiario de toda la estructura es el patrono.

El patrono como arquitecto del disfraz de la relación de trabajo y beneficiario directo de la impunidad laboral está condicionado a violar la ley laboral cuando su objetivo es acumular riqueza sin dar al trabajador lo que por justicia y por ley le corresponde. Sin embargo, es preciso, para este patrono quedar ante la sociedad como una persona respetuosa de la legalidad, socialmente responsable, y para lograrlo el propio Estado le brinda ese ropaje de falsa legalidad con el objeto de legitimar un sistema de opresión económica.

El fraude consiste en que se utilizan formas extra laborales para encubrir una verdadera relación laboral y afectar al trabajador excluyéndolo del goce de sus derechos laborales. En un caso en el Ministerio de Agricultura el comportamiento de los funcionarios públicos encargados del despacho encontró su justa recompensa al ser vencidos en juicio por un trabajador que en la Corte de Constitucionalidad obtuvo una sentencia a su favor en la cual se le reconoció su relación laboral y se explica en qué consiste este fraude y cuáles son sus perversos fines **(Sentencia de apelación de amparo, Corte de Constitucionalidad expediente 2977-2011)**:

> "….nos encontramos ante un caso de simulación, porque con dicho accionar ***se pretende eludir la verdadera naturaleza dependiente de la relación bajo el ropaje de figuras extra laborales*** (locación de servicios, prestación de servicios profesionales, prestación de servicios técnicos o como en el caso que nos ocupa, por medio de la suscripción de un contrato de servicios técnicos bajo el renglón presupuestario ciento ochenta y nueve,…
>
> a plazo fijo cuando la naturaleza de la función que se va a desempeñar obliga a que exista continuidad en la

> prestación), todo ello, ***en detrimento de los derechos del trabajador, a quien se le niegan los beneficios que la legislación laboral establece a su favor.***."

En esta crítica hay dos ideas centrales: por un lado el asunto de la violencia económica que el patrono ejerce sobre el trabajador necesitado de recursos materiales. Ese punto quedo explicado en el apartado anterior. Por otro lado está la construcción de una falsa legalidad que legitime al sistema corrupto que otorga impunidad al patrono desde la estructura del Estado.

Ese segundo aspecto es que se tratará de exponer a continuación para que sirva de marco analítico frente a la valoración del desempeño de las autoridades públicas ante casos concretos. Porque no es tan simple como afirmar que el disfraz es ilegal para que una crítica tenga arraigo de razón y provoque el despertar del trabajador sometido a ese fraude. Es preciso que tomar en cuenta que para que el trabajador proteste por ese empleo precario y reclame ante el Estado sus derechos, es necesario que: a) comprenda por sí mismo que es persona con derechos, b) que desvista la falsa legalidad de su patrono y lo asuma como lo que es, un opresor que no respeta la ley y c) que confíe en su reclamo, en su denuncia ante el Estado y exija justicia más allá de la institucionalidad formal del sistema.

La primacía de la realidad:

Para 2013 en Guatemala, el sector jurídico de la sociedad ha comprendido, con relativa extensión y adecuada propiedad, que el fraude del disfraz de la relación de trabajo se resuelve por medio del principio básico del derecho del trabajo que es la primacía de la realidad.

Reconocido en los considerandos políticos de la promulgación, por parte del Congreso de la República de 1947, este principio implica asumir como válido que:

> "El Derecho de Trabajo es un derecho realista y objetivo: lo primero, porque estudia al individuo en su realidad social y considera que para resolver un caso determinado a base de una bien entendida equidad es indispensable enfocar ante todo la posición económica de las partes, y lo segundo, porque su tendencia es la de resolver los diversos problemas que con motivo de su aplicación surjan, con criterio social y a base de hechos concretos y tangibles;"

Para el análisis de situaciones laborales prevalecen los hechos concretos y tangibles de la realidad ante los documentos firmados por las partes. Principalmente asumiendo la situación de desigualdad de poder entre el patrono y el trabajador. En forma sencilla podría resumirse esta idea con la afirmación de que el trabajador acepta cualquier documento que el patrono establezca como condición para acceder al empleo como medio de vida para éste y su familia. Por lo tanto, en la calificación jurídica de los hechos prevalece la realidad sobre los documentos. En definitiva como ya se ha explicado en otros trabajos el referente de análisis en estos es la máxima jurídica que indica: "el contrato no es lo que las partes dicen que es, sino lo que la ley establece".

En este orden de ideas prevalece la categoría de orden público sobre la voluntad individual de las partes como forma de protección del carácter tutelar que, por imperativo constitucional (artículo 104 de la Constitución Política) las leyes laborales deben desarrollar para proteger esa evidente desigualdad del trabajador ante su patrono.

Analizar una situación laboral tomando con rigidez el principio simplista de que si el trabajador firmó un documento donde dice que

su relación de trabajo es un contrato civil de prestación de servicios técnicos o profesionales y que aceptó no tener derecho a prestaciones sociales y económicas, es asumir la posición de defensa del sistema de explotación sobre la base de la violencia y la corrupción. Porque simplemente es inconstitucional que estos documentos tengan validez.

En febrero de 2011 una trabajadora del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación fue despedida. Cristina Iveth Quiñonez laboraba como encargada de archivo pero su empleo había sido declarado por el ministerio como una contratación bajo el renglón 189. Obviamente el ministerio no aceptaba que la había despedido sino que sostenía simplemente que por el vencimiento del plazo de su contrato, posiblemente en diciembre de 2010, le había sido renovado. La trabajadora solicitó su reinstalación, pago de salarios y de prestaciones laborales ya que la entidad estaba emplazada por un conflicto colectivo en el juzgado Primero de Trabajo. Cristina Iveth obtuvo fallos favorables, en primera y en segunda instancia, luego el Estado, representado por la Procuraduría General de la Nación, planteó un amparo en la Corte Suprema de Justicia alegando que los jueces habían violado el derecho de defensa y los principios de legalidad y debido proceso al ignorar que según el documento firmado por la trabajadora no existía tal relación laboral.

El abogado del Estado, José Leonardo Reynoso Lorenzo, y el Ministerio alegaron durante todo el proceso de amparo lo siguiente[15]:

> **"A)** El Estado de Guatemala argumentó que las violaciones denunciadas al principio de legalidad y al debido proceso, se hacen evidentes cuando el tribunal de amparo de primer

15. Este argumento también fue sostenido por la Dirección Técnica del Presupuesto a quien le dieron intervención como tercero interesado. El argumento es muy pobre porque se basa únicamente en el hecho de que la trabajadora firmó un contrato bajo el renglón presupuestario 189 y no explica si efectivamente existió o no una relación de dependencia. Argumento que sí expuso con claridad la trabajadora en sus alegatos.

grado obvió la naturaleza de la relación contractual que se estableció entre Cristina Iveth Quiñónez y el Estado de Guatemala, con sus consiguientes particularidades, siendo una contratación fundamentada en disposiciones legales vigentes y por lo tanto de observancia general y obligatoria, situación que no puede ser ignorada. **B)** El Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación expuso como motivos de inconformidad: **a)** el tipo de vinculación entre las partes se fundamentó en disposiciones administrativas y por lo tanto dicho contrato reviste también el carácter de ser eminentemente administrativo y consecuentemente regido por la legislación de dicha naturaleza; **b)** no existió constancia que compruebe que Cristina Iveth Quiñónez haya ingresado al Servicio Civil mediante procedimiento establecido en la Ley del Servicio Civil; y **c)** la asignación económica que recibió y que constituye el valor del contrato suscrito tenía la calidad de honorarios, mismos que no pueden considerarse como sueldo o salario por no ostentar la calidad de servidora pública."

Pero a pesar de estos argumentos, perdieron su batalla porque tanto la Cámara de Amparos de la Corte Suprema de Justicia como la Corte de Constitucionalidad – 1332-2012- expediente dictaron sentencia a favor de la trabajadora. El argumento de las cortes fue que por principio del derecho del trabajo sobre la primacía de realidad era evidente que existía una relación laboral, a pesar de la existencia del contrato de servicios profesionales, porque se daban los elementos objetivos para declararla. La Corte Suprema argumentó:

"….En ese sentido es oportuno indicar que el ***principio de realidad*** que informa el derecho laboral contenido en la parte considerativa del Código de Trabajo vigente, establece que para resolver un caso determinado con base en una bien entendida equidad, es indispensable enfocar ante todo la posición económica de las partes y la preeminencia de la

verdad o realidad ocurrida sobre las formas, de tal suerte que en caso de existir discordancia entre los hechos y lo documentado, debe darse preferencia a los hechos que fijan la base real para la aplicación del derecho, a efecto de que se pondere adecuadamente y con objetividad las diferentes variables que se presentan en la actividad laboral subordinada. Al analizar el acto reclamado, se determina que la autoridad impugnada fundó su criterio en hechos objetivos apreciables, calificando el vínculo entre las partes ***en base a las características reales de la relación, independientemente de la forma en que se haya revestido la relación*****…..”**

Este argumento constituye un muy buen ejemplo constitucional sobre la correcta interpretación del principio de primacía de la realidad y sobre su aplicación práctica en un caso concreto de disfraz de la relación de trabajo por medio de las leyes ordinarias que desarrollan ese principio.

Las leyes ordinarias que desarrollan ese considerando del Código de Trabajo son dos artículos el 18 y el 19. En el artículo 18 el Código de Trabajo establece, con énfasis prescriptivo e imperativo, que la relación o contrato de trabajo[16] es aquel vínculo jurídico y económico, establecido entre un patrono y un trabajador, en donde éste se compromete a prestar un servicio personal a favor del otro, bajo su dirección y dependencia continuada, y a cambio de una retribución que puede ser de cualquier naturaleza.

En esto hay que resaltar, aunque ya es bastante conocido, que se entiende por cada uno de los cinco elementos:

16. Es importante resaltar que se refiere indistintamente a ambos: la relación y el contrato, como instituciones jurídicas que existen y son perfectas cuando concurren los mismos elementos objetivos de existencia.

a) Vinculo jurídico y económico, que la persona trabaja para otro –el patrono-, no como voluntario con el ánimo de ayudarlo, sino con el objeto de recibir un beneficio económico producto de un acuerdo jurídico vinculante con obligaciones y derechos recíprocos. No hay que confundir el voluntariado con la relación laboral. En esa diferenciación el trabajador tiene la primera y última palabra, porque es éste el que dice porque está trabajando para beneficio de otra persona. De ahí que la desgastada formula de tergiversación patronal de la ley de llamar “colaboradores” a personas que claramente están trabajando con un interés económico es parte del fraude de esta falsa legalidad. Crea ideología de dominado cuando el trabajador se cree colaborador de la causa lucrativa o política de su patrono. El trabajador es trabajador y su principal interés es económico y consiste en recibir, a cambio de su trabajo, un salario o retribución para poder vivir. Si cumple su trabajo con afán y ánimo de colaboración eso es otra cosa, es el elemento subjetivo de identidad, que merecen los buenos empleadores cuando tratan bien a sus trabajadores.

b) Prestación de un servicio personal, consiste en trabajar. No se trata de construir algo y luego venderlo, aunque sea obra del trabajo el producto terminado, un bien o servicio, es eso, producto del trabajo. En este caso lo que se intercambia en la relación de trabajo es la prestación del servicio de estar a la disposición para trabajar, con un horario y una disposición de tiempo calendarizada y a prestar a favor del patrono o empleador. Es diferente que me paguen una retribución a cambio de algo que construí o cree, a que me retribuyan por estar a la disposición física, material, personal de un

empleador. La relación de trabajo es eso, el intercambio de un servicio personal por una retribución.

c) Dirección, es el poder de mando del patrono y el deber de obediencia del trabajador. Bajo el modelo económico de la propiedad privada, el empleador es dueño del capital, y como dice el refrán popular, el "que paga los músicos escoge las canciones" y también puede decir, cuando las tocan, cómo y en donde quiere la fiesta. Por eso el patrono manda y el trabajador obedece. Eso es la dirección, que implica poder disciplinario del patrono sobre el trabajador si éste desobedece las legales ordenes de trabajo. En un trabajo independiente, sin relación laboral, no existe poder de disciplina, ni deber de obediencia hacia el empleador. En una relación de trabajo sí existen órdenes y llamadas de atención.

d) Dependencia continuada, junto con la dirección constituyen los dos elementos de subordinación que caracterizan lo esencial de un contrato o relación de trabajo, significa que el trabajador, para realizar o prestar el servicio personal (el trabajo) al que se comprometió, necesita a lo largo de toda la relación que el patrono le proporcione todo lo necesario, o por lo menos lo esencial, para la ejecución. Se refiere a que el trabajador presta sus servicios dentro de la estructura organizativa del patrono. Depende del suministro de herramientas, insumos, materias primas, recursos administrativos etc., para hacer su trabajo. Un trabajador independiente organiza su propia estructura. En este caso no es así. El trabajador depende de la estructura del patrono.

e) Retribución, simplemente el trabajador no labora en forma gratuita. Espera y exige un pago por su trabajo sobre la base del principio constitucional establecido en el inciso a) del artículo 102 sobre que todo trabajo debe ser efectivamente remunerado. Esta remuneración puede ser de cualquier naturaleza económica, también por mandato constitucional tiene que ser en dinero, pero eso no implica que el nombre de la retribución determine el carácter jurídico de la relación. Por ejemplo, si el patrono obliga al trabajador a dar facturas en concepto de honorarios, ese nombre, que no es salario, no implica que no exista relación de trabajo ya que si existen los dos elementos anteriores, dirección y dependencia continuada, se perfecciona el carácter subordinado de la prestación de servicios y ese pago o retribución es salario. [17]

Sobre esta base el artículo 19 del Código de Trabajo establece un sistema prescriptivo e imperativo para el reconocimiento de una relación de trabajo que se basa en dos instituciones jurídicas: [18]

---

17. El artículo 1 del Convenio 95 de la OIT, ratificado por Guatemala, establece que el nombre que se le dé a la retribución que recibe el trabajador no le quita la naturaleza de salario. Es decir, se considera salario toda remuneración, se llame como se llame, que se le dé a una persona a cambio de su trabajo.

18. Artículo 19 del Código de Trabajo:

    Artículo 19. —Para que el contrato individual de trabajo exista y se perfeccione, basta con que se inicie la relación de trabajo, que es el hecho mismo de la prestación de los servicios o de la ejecución de la obra en las condiciones que determina el artículo precedente.

    Siempre que se celebre un contrato indivi-dual de trabajo y alguna de las partes incumpla sus términos antes que se inicie la rela-ción de trabajo, el caso se debe resolver de acuerdo con los principios civiles que obligan al que ha incumplido a pagar los daños y perjuicios que haya causado a la otra parte, pero el juicio respectivo es de competencia de los tribunales de Trabajo y Previsión Social, los que deben aplicar sus propios procedimientos.

    Toda prestación de servicios o ejecución de obra que se realice conforme a las características que especifica el artículo precedente, debe regirse necesariamente en sus diversas fases y consecuencias por las leyes y principios jurídicos relativos al trabajo.

a) Que el contrato o relación de trabajo existe y es perfecto cuando un patrono permite que un trabajador inicie la prestación de sus servicios personales bajo los cinco indicios objetivos anteriormente descritos y considerados en el artículo 18.

b) Que toda prestación de trabajo o servicio personal que se realice bajo los cinco indicios anteriores necesariamente tiene que regirse por las leyes y principios del derecho del trabajo.

Esta normativa prescribe, ordena y manda que cualquier caso de simulación de la relación laboral disfrazándola con contratos civiles de prestación de servicios profesionales o técnicos es nulo, es decir que no vale absolutamente nada,[19] y hace prevalecer la existencia de derechos laborales, que por motivo del disfraz han sido desplazados

---

19. Descifrar lo simple dentro de la complejidad de los casos de disfraz de la relación de trabajo empieza por aclarar la razón jurídica por la que el contrato civil de prestación de servicios profesionales o técnicos carece de total validez. Las personas consideran que el hecho de que el trabajador haya firmado el documento que contiene ese contrato es un hecho suficiente para tenerlo como válido. ¿Cómo va a ser nulo este contrato que tenemos en las manos, firmado por las dos partes, y sí va a ser válido otro contrato que ni siquiera está en un documento? Esa es la pregunta que seguro se harán mucho.

La razón de la nulidad consiste en que el contrato civil se ha creado simulando un falso consentimiento del trabajador. Según el inciso 1) del artículo 1284 del Código Civil existe simulación de consentimiento cuando se encubre –disfraza- el carácter jurídico del negocio que se declara, dándose la apariencia de otro de distinta naturaleza. En este caso el negocio declarado es un verdadero contrato laboral que se le da la apariencia de un contrato civil de prestación de servicios profesionales.

En este caso la ocultación o el disfraz del verdadero negocio jurídico provoca la nulidad relativa del negocio o contrato aparente, es decir el contrato civil, y la acción de simulación exitosa –es decir, reclamar ante el sistema de justicia que se le quite el disfraz al contrato laboral oculto- provoca la validez de los efectos del negocio encubierto, es decir, tal y como establece el artículo 19 del Código de Trabajo, los relativos a derechos laborales del trabajador.

Por esa razón jurídica es que el documento contrato de servicios profesionales o técnicos no tiene validez.

de la vida normal de la relación cotidiana de trabajo. En el caso de Cristina Iveth, del Ministerio de Agricultura, la Corte de Constitucionalidad hace una muy buena explicación de cómo prevalece la relación de trabajo sobre documentos de contratos civiles, como figuras no laborales, que intentan desplazar a la relación de trabajo:

> "…Esta Corte advierte del análisis del caso, que la ahora autoridad impugnada al analizar las condiciones en que se desarrolló la relación entre el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación y Cristina Iveth Quiñónez, constató que fue por medio de un contrato de trabajo ***que incluye elementos y características propias de tales formas de relación***. Además, se ***calificó la naturaleza del servicio prestado, las atribuciones asignadas a la interesada, y la subordinación a la que estaba sujeta como actividades permanentes***, reconociendo así la autoridad impugnada ***una característica elemental y esencial en un contrato de trabajo que para que se perfeccione basta con que se inicie la prestación de los servicios***, presunción que opera igualmente ***cuando se utilicen figuras no laborales para caracterizar el contrato***….
>
> Dentro de ese contexto, ***al concluirse queexistió un contrato de trabajo por la naturaleza de la prestación*** y al haberse extinguido aquélla sin causa justificada, resultó procedente la reinstalación aludida, por lo que al haber confirmado el Tribunal de alzada el fallo apelado, su actuación estuvo ajustada a Derecho, en consecuencia, no provocó el agravio denunciado por el postulante."

A pesar que esta legislación laboral tuvo su origen en el histórico proceso de revolución en 1947 su actualidad la hace totalmente adecuada y compatible con las presentes exigencias de lograr una protección jurídica a los trabajadores contra fraudes que corrompen la estructura institucional para mantener condiciones indignas de

trabajo. La Recomendación 198 de la OIT de 2006 sobre relación de trabajo establece la necesidad de que la legislación nacional cuente con efectivas disposiciones que establezcas la eficacia institucional del principio de primacía de la realidad y con criterios o indicadores objetivos para establecer la existencia de relaciones laborales encubiertas con contratos de otra naturaleza.

Si bien la legislación laboral guatemalteca puede ser mejorada para aumentar su nivel de protección, la configuración normativa actual es suficiente para proteger a los trabajadores y consolidar políticas de trabajo decente.[20] Por esa razón al analizar el problema de la impunidad *laboral creada por medio de este tipo de fraude, es adecuado precisar la crítica desde la perspectiva de políticas públicas ya que el problema de la ausencia o inadecuada formulación de políticas de protección para los trabajadores no es un asunto*

---

20. En el párrafo 9 de la Recomendación 198 de la OIT se desarrollan los principios de política pública de protección de los trabajadores y se define con claridad la preeminencia del principio de primacía de la realidad que ya está desarrollado con adecuada técnica jurídica en los artículos 18 y 19 del Código de Trabajo. Este punto de política recomendado por la OIT establece:

> 9. A los fines de la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza convenido por las partes.

Luego en el párrafo 13 la OIT recomienda que las autoridades públicas, en este caso son los Inspectores y Tribunales de Trabajo, asuman la determinación de la existencia de una relación de trabajo en situación de encubrimiento, disfraz o simulación bajo criterios objetivos que pueden ser y que están, en forma general, ya establecidos en el Código de Trabajo:

> 13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

exclusivamente normativo. **Por el contrario la ley laboral vigente está bien, lo que está mal es la acción institucional de hacer cumplir esas leyes***. Los inspectores y funcionarios judiciales desatienden la aplicación de la leyes laboral vigentes y también hacen totalmente de lado, en el ejercicio de sus funciones, las recomendaciones de la OIT*, tanto pronunciamiento dirigido al gobierno de Guatemala y nunca se convierte en políticas efectivas.

Los casos concretos evidencian, sobre todo en el caso de la Inspección General de Trabajo, esta realidad.

En el planteamiento integral de la política de protección contra fraudes laborales descansa la posibilidad de cambiar un modelo de fragilidad institucional hacia otro en donde el régimen político que la determine sea diferente en cuanto a cambiar de sujeto privilegiado por la acción del Estado, de intereses privados de carácter patronal empresarial pasar a intereses públicos con contenido social con referencia a la protección del trabajo de las personas.

---

a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y
b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de quedicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

Los confusos 029 y 189:

En el lenguaje cotidiano de los servidores públicos guatemaltecos es común escuchar como respuesta a qué tipo de contrato tienen con la administración, las siguientes:

- yo soy 011 y si tengo prestaciones;

-yo soy 029, facturo y no tengo ninguna prestación.

Para develar la ilegalidad del fraude en que están muchas personas contratas por este tipo de contratos primero hay que comprender que significan estos confusos códigos.

Los códigos 011 o 029 no son tipos de contratos, de hecho no son ni siquiera contratos. Lo que son es simplemente un código que contiene una secuencia de dígitos que clasifican un concepto de gasto del presupuesto público. Es una especie de partida presupuestaria que sirve para clasificar los gastos que realiza el Estado en la contratación de servicios personales. No es un número como tal sino, como si dijo, una serie de dígitos en donde cada uno tiene un significado diferente. Por ejemplo:

Código	Significado
0	Todo lo que el Estado gasta en servicios personales con relación de dependencia o sin ella. Se trata de lo que se gasta por contratar personas que prestan un servicio, que trabajan, que están a la disposición de una entidad pública.
1	Es lo que se gasta en forma específica en remuneraciones al personal que tiene un cargo público en forma permanente, incluyendo bonos y derechos escalafonarios.
1	Es lo que se gasta en salarios del personal permanente.

Código	Significado
0	Todo lo que el Estado gasta en servicios personales con relación de dependencia o sin ella. Se trata de lo que se gasta por contratar personas que prestan un servicio, que trabajan, que están a la disposición de una entidad pública.
2	Es lo que se gasta en forma específica en remuneraciones al personal que tiene un cargo público en temporal o accidental.
9	Es lo que se gasta en salarios del personal temporal por servicios profesionales o técnicos que se prestan **sin relación de dependencia**.

Entonces, el famoso 011 es el código de dígitos que nos dice cuál es el clasificador que proporciona el total de gasto público en salarios del personal permanente. No es en sí mismo el contrato de trabajo, ya que este es el nombramiento en un cargo público en forma permanente. Mientras que el 029 es el código presupuestario que indica el gasto público de personal temporal, técnico o profesional, que se contrata para prestar sus servicios **sin relación de dependencia**.

El fraude del disfraz se produce cuando la entidad pública contrata a una persona para realizar actividades y funciones públicas de carácter permanente, en este caso el puesto que se le asigna correspondería a un contrato laboral dándole el carácter de servidor público con derecho a prestaciones laborales. El gasto de su salario tendría que asignarse a la partida presupuestaria 011. Eso sería lo legalmente correcto.

Pero si las autoridades de la entidad pública asignan el puesto público, con atribuciones de un trabajo permanente bajo subordinación, pero en lugar de hacer el nombramiento y clasificar el

gasto en el renglón 011, lo que hacen es hacer un contrato de servicios profesionales o técnicos, negando la relación laboral cuando en realidad la persona que presta el servicio está bajo una verdadera dependencia, entonces en ese caso, existe el fraude del disfraz de un 011 con un falso 029.

Por principio de primacía de la realidad y en aplicación de la ley laboral vigente el 029 es nulo y prevalecen los derechos laborales del 011, aunque no exista nombramiento ni se haya declarado así por la entidad nominadora la cual siempre alega que se trata de un contrato temporal, de carácter administrativo y que se ha aceptado no tener derechos laborales.

La abundante doctrina constitucional evidencia dos hechos jurídicos concretos que reafirman la declaración de los derechos laborales ante fraude de contrataciones por servicios profesionales asignados al renglón 029:

a) Que lo determinante en una relación laboral en el sector público es la naturaleza de las funciones que se realizan.

b) Que la continuidad o tracto sucesivo derivada de la renovación de contratos 029 es un elemento que hace indudable el carácter de la relación laboral.

Por ejemplo, en el caso de despido ilegal del administrador de la Dirección de Servicios de Salud del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, la Corte de Constitucionalidad declaró **(Sentencia de apelación de amparo, expediente 1776-2011):**

> "Esta Corte advierte del análisis del caso, que la ahora autoridad impugnada al analizar las condiciones en que se desarrolló la relación entre el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y AbisaiJonatan Mejía Salazar constató que

> desde el inicio del contrato hasta la extinción del mismo, éste ***fue ejecutado en forma continua***. La naturaleza de la prestación, las atribuciones asignadas al interesado, ***y la subordinación a la que estaba sujeto,*** obligaba a que la relación fuera de tracto sucesivo, característica elemental y esencial en un contrato de trabajo. De ahí que la entidad empleadora, al celebrar con el servidor público un contrato a plazo fijo con la intención de interrumpir la continuidad en la prestación, vulneró la ley, debiendo sustituirse el acto que contiene el vicio denunciado por las normas desplazadas, que para el caso concreto son las contenidas en el ordenamiento jurídico laboral vigente en el país. Dentro de ese contexto, al concluirse que el contrato de trabajo era por tiempo indefinido por la naturaleza de la prestación y al haberse extinguido aquél sin causa justificada, resultaba procedente la reinstalación aludida,"

De esta forma ambos elementos hace imperativa la restauración de los derechos laborales de las personas sometidas a este corrupto fraude del disfraz de la relación de trabajo.

Lo mismo sucede con el grupo 18, como le dicen en las entidades públicas, y corresponde a lo siguiente:

Código	Significado
1	Todo lo que el Estado gasta en servicios no personales. Es lo que se paga por servicios que se prestan al Estado pero sin ninguna relación con el personal permanente o temporal.
8	Es el pago de honorarios por servicios técnicos o profesionales sin relación de dependencia. Se refiere a productos de asesoría y consultoría.
1-9	Son 9 categoría de servicios de consultoría, asesoría y hasta docencia que se realizan sin ser servicio personal y sin relación de dependencia. Es decir tiene que ver con la entrega de productos concretos.

Cuando se disfrazan como 181, 183, 185 o 189 verdaderas relaciones laborales de servidores públicos, técnicos o profesionales, que ocupan puestos relativos a asesoría, consultoría, docencia y otro tipo de atribuciones similares y que realizan su trabajo con una genuina relación de dependencia; el fraude es más evidente, porque las partidas presupuestarias del grupo 18 son exclusivamente para remunerar servicios que nada tienen que ver con los servicios personal. Lo que se paga con esta partida presupuestaria es el producto. Por ejemplo: entregar un estudio sobre factibilidad de un proyecto, dar un seminario, emitir un dictamen jurídico sobre un caso específico, contratar un cantante o un artista, etc. Pero si la persona que hace ese trabajo llega todos los días a una oficina a trabajar en las instalaciones de la misma, utiliza los insumos e instrumentos de la entidad, cumple un horario, recibe órdenes y está sujeto a disciplina, etc. Entonces la verdad es que se traga de un servicio personal bajo dependencia.

En conclusión, los números de las partidas presupuestarias no constituyen, ni mucho menos, determinan la naturaleza jurídica del vínculo entre el servidor público y la administración. Lo que determina ese vínculo es la forma en que se presta el servicio, las tareas que realiza la persona contratada en la administración, las atribuciones que se le asignan y especialmente la manera en que se le trata, si es con dependencia, entones la relación laboral prevalece.

Estos códigos son una referencia de la manera en que se construye el fraude legal de disfrazar verdaderas relaciones de trabajo. Constituyen actos ilícitos, cometidos por la autoridad nominadora, en donde en forma falsa asignan partidas presupuestarias que nada tienen que ver con la realidad en que se están prestando los servicios. Existe una fuerte responsabilidad de parte de las autoridades de la entidad que falsifica la declaración de las partidas presupuestarias.

Incluso, la responsabilidad es tal, que constituye delito de incumplimiento de deberes según el artículo 419 del Código Penal.

Todos los decretos legislativos anuales que regulan la ley General del Presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado, establecen la obligación de las autoridades de la entidad públicas a ejecutar el gasto público según los clasificadores establecidos en el manual de Clasificaciones Presupuestarias para el Sector Público, 5ta. Edición, aprobado por acuerdo ministerial 291-2012 del Ministro de Finanzas Públicas. Entonces, según la ley General de Presupuesto, vigente para cada año, es una obligación legal respetar los clasificadores de cuentas.

Cuando se utilizan falsamente los códigos presupuestarios del 029 y grupo 18 se comete un grave incumplimiento de deberes por parte de las autoridades públicas.[21] Le correspondería a la Contraloría General de Cuentas la fiscalización de este tipo de conducta irresponsable.

La incorrecta utilización de estos códigos presupuestarios no es motivo para confusión ya que reafirma y develan el derecho de los trabajadores del Estado a que se les reconozca su relación laboral. También sirven de indicio de la responsabilidad penal de los funcionarios y empleados públicos que realizan el fraude.

21. La responsabilidad penal recae en la máxima autoridad de cada entidad y pueden resultar cómplices los directores de recursos humanos y de asuntos financieros y administrativos que operan las declaraciones fraudulentas en perjuicio de una transparente ejecución del gasto público.

IV. El derrumbe de la mentira

Los procesos de fortalecimiento institucional tienen resultados que suelen ser imprevisibles. En el tema del disfraz de la relación de trabajo hace 10 años, a principios del siglo XXI, era realmente, casi imposible, obtener un resultado institucional en donde se declarará la relación de trabajo cuando una persona había firmado un contrato de servicios profesionales.

Ahora, en 2013, la Corte de Constitucionalidad ha liderado un impresionante cambio institucional que va de la informalidad corrupta en la aplicación de la ley hacia la formalización de un estado de derecho. Decenas de sentencias, sobre todo en los últimos tres años, conforman una jurisprudencia doctrinal innegable.

El producto de ese desarrollo vincula desde juzgados de primera instancia hasta la propia Cámara de Amparos de la Corte Suprema de Justicia.

Para este informe se realizó una muestra aleatoria de por lo menos 20 casos. De los cuales solamente un caso tuvo un resultado desfavorable. Todos los demás casos reconocen el derecho a recibir prestaciones laborales cuando las personas son sujetas al fraude del disfraz de su relación de trabajo por medio de contratos civiles de prestación de servicios técnicos o profesionales asignados a los renglones 029, 182 y 189.

Los resultados de estos fallos pueden resumirse en este sentido:

a) Que lo que determina la relación laboral de un servidor público son las funciones que éste ejerce y el carácter subordinado a la entidad a la cual está adscrito. Esto por

principio de primacía de la realidad contenido en los artículos 18 y 19 del Código de Trabajo.

b) Que el carácter continuo o de tracto sucesivo en la prestación de los servicios es un elemento que hace indudable la relación de trabajo.

c) Que en casos de violación a derechos humanos fundamentales, como lo es la discriminación de una mujer embarazada por medio de un despido o los despidos realizados cuando el centro de trabajo se encuentra emplazado por el ejercicio de negociación colectiva, las protecciones de inamovilidad se aplican, no solo a las relaciones laborales evidentes, sino también a aquellas formas que se utilizan para encubrirla como lo son los contratos de servicios profesionales.

Este tipo de declaraciones se encuentran en los siguientes expedientes de la Corte de Constitucionalidad:

337-2012, 1332-2012, 1389-2012, 2997-2012, 272-2011, 1634-2011, 1647-2011, 1776-2011, 2842-2011, 4441-2011, 4651-2011, 521-2010, 1279-2009, 2110-2009, 1853-2008, 1931-2008, 2799-2008, 3735-2008.

En artículo 43 de la ley de Amparo, exhibición personal e inconstitucionalidad establece que tres fallos en el mismo sentido de la Corte de Constitucionalidad conforman doctrina legal que debe ser acatada por los tribunales. En estos abundantes antecedentes, mucho más de tres, se encuentran las bases de esa continuidad e integridad de protección del régimen jurídico laboral.

En este sentido el avance es evidente. Sin embargo es importante resaltar que aún se presentan graves vacíos que ameritan ser

analizados en lo referente a la responsabilización de los funcionarios públicos que provocan este daño que no es solo en contra del trabajador sino también en contra de la administración pública y las instituciones de seguridad y previsión social.

En todos estos procesos de amparo participa el Ministerio Público y, prácticamente en todos los casos de la muestra, asume una posición de apoyo a la institucionalidad laboral. También queda claro en estos procesos que el problema empieza cuando las autoridades de las entidades públicas, con pleno conocimiento de las leyes y de esta jurisprudencia constitucional, continúan realizando el fraude del disfraz de la relación de trabajo.

Es evidente que la impunidad laboral en este tema se sigue realizando porque los funcionarios responsables nunca tienen una sanción por haber violentado leyes laborales y también las leyes que regulan la ejecución del prepuesto público.

Aunque se declaré con lugar un amparo la única consecuencia es reinstalar y pagar prestaciones y salarios a una persona, lo cual se realiza con fondos del presupuesto público. Los responsables por haber contratado en forma ilegal, por haber despedido en forma ilegal y por mantener miserables litigios para demorar la aplicación de la justicia, no tienen ninguna consecuencia.

En el expediente 1883-2011 de la Corte de Constitucionalidad, en sentencia de apelación de amparo, en un caso de reinstalación de una trabajadora de la Procuraduría General de la Nación se declaró, ante la desobediencia de la orden de reinstalación y de la demora judicial por parte de la juez de trabajo, lo siguiente:

a) Que la desobediencia de la orden de reinstalación por parte del Procurador General de la Nación (Guillermo Porras Ovalle)

y la omisión de la juez de trabajo (Sandra Eugenia Mazariegos Herrera) de certificar lo conducente por el delito de desobediencia había provocado el aumento de salarios y prestaciones que debían, por sentencia firme, pagarse a la trabajadora.

b) Que esa demora producía un daño directo al patrimonio público de cual eran responsables el procurador y la juez.

Según la ley de Probidad ambos funcionarios deberían ser requeridos para devolver al fisco el dinero que se le tuvo que pagar a la trabajadora derivado de la negligencia en el cumplimiento de sus deberes. Esta responsabilidad está contemplada en la Constitución Política en el artículo 155 y prescribe en veinte años.

En ese sentido, cada sentencia de amparo en donde la negligencia y dejadez de funcionarios públicos con relación a la administración de las relaciones laborales provoque este tipo de daño al patrimonio público, la Corte de Constitucionalidad de oficio debería:

a) Certificar lo conducente a la Contraloría General de Cuentas para que inicie los reparos en contra de los funcionarios públicos que han provocado todo este daño.

b) Certificar lo conducente a la fiscalía de delitos administrativos para que verifique si el proceder de los funcionarios públicos responsables del disfraz de la relación de trabajo han cometido delitos como incumplimiento de deberes. También por casos evidentes de violencia económica contra la mujer deberían certificar lo conducente ante la Fiscalía de la Mujer.

c) Certificar lo conducente al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social para que se realicen los cobros al patrono de las cuotas que se han omitido.

d) Certificar lo conducente a la Superintendencia de Administración Tributaria para verificar el correcto pago de impuestos y la correcta declaración de los mismos.

Se debería condenar en costas al Estado e imponer multas a los abogados de las entidades públicas ya que los mismos litigan en forma maliciosa en cuanto que conocen la ley y aun así tergiversan la misma con argumentos evidentemente improcedentes que solamente aumentan el costo financiero para el Estado de sostener fraudes que al final son declarados nulos.

Aunque el Ministerio Público tiene una relevante participación en estos procesos es necesario resaltar que durante el proceso de amparo tiene conocimiento directo de la tergiversación que realizan los abogados del Estado y también de los fraudes que se cometen al contratar por servicios profesionales; en consecuencia, de oficio debería iniciar investigaciones penales en resguardo de la administración pública, del patrimonio público y, especialmente, de los derechos humanos de las personas ya que muchos de estos despidos cometidos contra mujeres constituyen evidentes actos de violencia económica en contra de la mujer y los fiscales deberían actuar inmediatamente en la persecución de los responsables. Además la ley de feminicidio y violencia contra la mujer establece la responsabilidad directa de los funcionarios públicos que retarden la investigación de estos hechos.

Finalmente la otra forma en que esta mentira de la fantasía legal del fraude del disfraz de la relación de trabajo se ha derrumbado es por medio de la negociación colectiva de pactos en las entidades públicas.

Son varios los sindicatos que han logrado a través de negociaciones de pactos colectivos establecer garantías normativas

en contra de este fraude. Por ejemplo, los pactos colectivos de: Ministerio de Educación, Comisión Nacional de Alfabetización y el Ministerio de Economía. Todos estos instrumentos tienen instituciones precisas para considerar como trabajadores a todos los que prestas servicios personales en la entidad y reconocerlos como sujetos activos de los derechos laborales establecidos en las leyes ordinarias, reglamentarias y en el pacto.

V. El miserable argumento patronal

En Guatemala solo un sector defiende los argumentos que pretenden declarar como legal un evidente fraude en los casos de disfraz de la relación de trabajo, este sector son los patronos del empresariado y el gobierno. Porque solo los patronos cometen ese fraude.

El resto de la sociedad está claro que ese disfraz es ilegal. Ya se explicó como las cortes tiene muy claro la forma de aplicar la ley.

Pero en el caso de la administración pública la situación es que todas sus agencias se vuelcan afanosas en una justificación pobre, sin escrúpulos y abusiva con el objeto de argumentar la falsa legalidad de la contratación por servicios profesionales.

En los procesos de amparo conduce la argumentación los abogados de la Procuraduría General de la Nación, son secundados por el coro de abogados que vienen del ministerio que corresponda y también se le corre audiencia a los abogados de la dirección en donde preste servicios el trabajador y también a la Dirección Técnica de Presupuesto.

De esta forma encontramos casos en donde participan por lo menos cuatro abogados del Estado en contra de un trabajador. Es un sinvergüenza despilfarro de dinero público para darles trabajo a abogados que sin un solo referente ético reproducen argumentos de tergiversación en casos que saben perfectamente que son improcedentes.

Los pobres argumentos de estos abogados,[22] que no han recibido fallos favorables en los últimos tres años, son:

a) Que no se reconoce la calidad de servidor público porque el trabajador firmo un documento de contratación administrativa de servicios civiles profesionales o técnicos en donde aceptó no ser servidor público.

b) Que las contrataciones son temporales.

c) Que en ese mismo documento la persona aceptó no tener derecho a prestaciones laborales, y

d) Que esa persona no recibe ninguna remuneración sino honorarios que convalida con facturas.

En respuesta las cortes reiteradamente recuerdan que la calidad de servidor público se perfecciona, no por los papeles que se firman, sino por el carácter y naturaleza de las funciones que se realizan y cuando ésta implica subordinación y continuidad la relación de trabajo es evidente.

---

22 Posiblemente el único abogado que ha publicado una defensa de estos argumentos es Mario Leonel Caniz Contreras, en una ponencia publicada en la revista Justicia Laboral, número 4 del año 2, en diciembre de 2005, realiza una apología de lo que él considera la legalidad de las contrataciones 029 sin prestaciones laborales. Es de resaltar que Caniz asesora a muchas entidades públicas en donde se ha constatado una fuerte situación de este tipo de abusos.

Es muy bajo insistir en el asunto de la firma de papeles como forma de denegación de derechos humanos. El patrono intentará legitimar su actitud ilegal e injusta argumentando que el trabajador ha aceptado ese tipo de trabajo. Con soberbia moral apelará a que el trabajador firmo con su puño y letra , el contrato de servicios profesionales o técnicos que claramente dirá en las petulantes clausulas impresas en el papel membretado de la entidad pública que ofrece el empleo, que no existe relación laboral y mucho menos derechos sociales, sin embargo esa aceptación, que el trabajador realiza por necesidad económica, no tiene ninguna validez porque según el artículo 106 de la Constitución Política los derechos de los trabajadores son irrenunciables y cualquier acto en donde el trabajador o trabajadora acepten una renuncia a sus derechos sociales y económicos, simplemente no tiene validez, es, como se dicen los juristas nulo ipso jure, sea el documento que sea.

Por otro lado, ese consentimiento prestado por imperativo de la necesidad económica del trabajador, también es nulo, no solo por los derechos laborales irrenunciables, sino porque esa aceptación se ha hecho por violencia económica. Para la mayoría de personas sin empleo en el país, la oportunidad de tener un trabajo, aunque sea sin prestaciones sociales, es algo totalmente razonable ya que la urgente necesidad de evitar exponerse a sí mismo y a su familia continuar manteniendo la grave situación económica al rechazar la oportunidad de obtener un ingreso básico condicionado a la aceptación o el consentimiento de trabajar sin derechos sociales opera como un mecanismo violencia de carácter económico que el patrono utiliza para obtener la aceptación del trabajador.(artículo 1265 Código Civil).

Por lo tanto los papeles firmados por el trabajador que implican renuncia a sus derechos simplemente no tienen ningún valor. La

política de litigio laboral de la Procuraduría General de la Nación no debería permitir este tipo de atropello a la ética jurídica.

Pero precisamente la PGN, los ministerios, direcciones y demás dependencias del Organismo Ejecutivo y de la administración descentralizada y autónoma, apoyan esta política mísera y corrupta para mantener la degradación de las contrataciones de servidores públicos.

Especial relevancia tiene la participación del Inspección General de Trabajo porque esta entidad tiene la posibilidad de prevenir el conflicto derivado del disfraz de la relación de trabajo de servidores públicos. Sin embargo en lugar de cumplir con la facultad de inspección del trabajo asume un rol arbitrario para legitimar el fraude cometido por las entidades públicas.

Los inspectores de trabajo tienen total competencia para actuar en conflictos de trabajadores del Estado. En este tipo de conflictos los inspectores tienen facultades para determinar los indicios objetivos de la existencia de las relaciones de trabajo. No pueden declarar la relación de trabajo cuando hay conflicto en cuanto a determinar su naturaleza, pero sí pueden constatar todos los indicios que la determinan.

Sin embargo hacen todo lo contrario. En 2012 varios trabajadores de la Secretaria de Planificación y Programación de la Presidencia –SEGEPLAN- iniciaron la formación de un sindicato. El Secretario General Fernando Carrera –en 2013 Ministro de Relaciones Exteriores- despidió directamente a varios de los trabajadores fundadores. Estos presentaron una denuncia ante la IGT y el 5 de septiembre de 2012 los inspectores: Saulo Cervando Chamale Cotzojay, Sergio Arturo Ayala García, Oscar Fernando Toledo Guillen y Juan Carlos Jiménez Pérez, dentro del expediente R1-0101-04591-2012, en lugar

de verificar el despido de los sindicalistas procedieron a dejar constancia de la legalidad de los despidos.

El argumento de los inspectores fue exactamente el mismo que el utilizado por los abogados del Estado. Que por estar contratados en reglón 029 0 189 no tenían la calidad de servidores públicos. No se realizó ninguna constatación de los hechos denunciados y solo se limitaron a transcribir el miserable discurso patronal.

Posteriormente el Director General de Trabajo, el abogado Mario Iván Alfaro Vilela, emitió resolución denegando la inscripción del sindicato sobre la base del acta realizada por los inspectores de trabajo en donde consta que los trabajadores son contratados por servicios profesionales.

Aquí en este punto, es donde la corrupción alcanza su máxima y plena expresión, porque los antecedentes judiciales constitucionales son claros en indicar que la naturaleza de la relación jurídica entre patrono y trabajador solo se puede resolver en un juicio ordinario, no puede discutirse ni en un proceso de amparo y mucho menos en un procedimiento administrativo de inspección de trabajo o de inscripción de sindicato.

Así como la autoridad administrativa no puede declarar por sí sola que sí existe la relación de trabajo, tampoco puede estar facultada para decir lo contrario, no puede afirmar que las personas agraviadas por el despido no son trabajadores públicos por el hecho de que su patrono dice que están contratados por servicios profesionales.

La limitación de competencia opera en sentido tanto positivo como negativo frente al disfraz de la relación de trabajo. Su competencia es posible en la constatación de los indicios objetivos de la relación de trabajo y en la orden de reestablecer la situación nor-

mal del trabajador mientras se dilucida en un tribunal la discusión de fondo que es la naturaleza de la relación de trabajo.

Hacer lo contrario, es decir, tomar parte en las versiones del patrono y del trabajador equivale a ocupar el puesto del juez y eso es una grave usurpación de funciones. Por otro lado, es su deber hacer valer las prevenciones para el respeto de derechos humanos fundamentales y en ese sentido mientras este en discusión la naturaleza de la relación laboral el trabajador o trabajadora -especialmente si es mujer por las situaciones de violencia económica a la que es sometida- deben ser reinstalados. Ambos aspectos, el respeto al ámbito del poder judicial y el respeto a los derechos humanos, se observa en la sentencia de apelación de amparo del expediente 2977-2011 de la Corte de Constitucionalidad:

> "…dada la naturaleza e impacto que causan aquella clase de conflictos, es meritorio interpretar los artículos 379 y 380 antes referidos, en forma extensiva para resolver el caso ha sometido a conocimiento de esta Corte, de lo que resulta lógico comprender que en los conflictos colectivos de trabajo, la protección expresada para que ningún contrato se termine por parte del patrono, se extiende no solamente a contratos cuya naturaleza laboral sea irrebatible, sino que debe alcanzar a otras relaciones cuya naturaleza sea incierta o que se reputen de índole civil, ello para lograr el objetivo esencial que el legislador se propuso mediante la regulación contenida en los artículos precitados de manera consistente y que no se rompa la armonía y real estabilidad en la prestación del servicio. Tales conceptos derivan de la aplicación del principio de primacía de la realidad, conforme al cual esta Corte no puede dejar de reconocer que en la práctica suelen simularse las relaciones de trabajo, pretendiéndoseles dar una connotación de diferente naturaleza, ocasiones en que será en la jurisdicción ordinaria, mediante los procesos de conocimiento

> correspondientes, a través de los cuales se debe corroborar tal circunstancia, de manera que, mientras ello ocurre, debe protegerse a quienes se desempeñen en un centro de trabajo mediante contratos aparentemente de índole civil o mercantil, sujetándose a la parte patronal a obtener autorización judicial para dar por terminadas dichas relaciones durante la vigencia de prevenciones dictadas en un conflicto de carácter económico social, a obtener autorización judicial conforme el procedimiento previsto en los artículos 379 y 380 del Código de Trabajo... . (Sentencias de la Corte de Constitucionalidad en los expedientes 1279-2009, 2110-2009 y 521-2010.)…"

> "…Por ello, entrar a conocer el fondo del asunto, como se pide implicaría sustituir a autoridad impugnada en el ámbito de su competencia, interviniendo en las funciones que corresponden con exclusividad a la justicia ordinaria y no a un tribunal del orden constitucional, por lo que el amparo no puede convertirse en una instancia revisora de lo resuelto."

La IGT y el Ministerio de Trabajo tienen una grave responsabilidad cuando permiten, avalan y toleran el despido de personas simplemente justificándose con el pobre argumento de que han sido contratadas por 029 o por el grupo 18. Al abstenerse de verificar la existencia de indicios de una relación de trabajo y al omitir realizar prevenciones y acciones de tutela de derechos humanos fundamentales los inspectores y funcionarios del Ministerio de Trabajo tienen responsabilidad civil, administrativa y especialmente penal.

La debilidad en la política de protección de los trabajadores, con relación a la aplicación de las leyes vigentes, descansa, por lo menos en este tema, totalmente en la precariedad e incoherencia de la Inspección General de Trabajo.

LA DISCRIMINACIÓN ANTISINDICAL

I. Desarrollo, justicia social y organización de los trabajadores

En este informe se ha sostenido la afirmación que la forma en que se organiza el trabajo en la sociedad demuestra el grado de democracia que ésta pueda tener. Lo expuesto sobre el disfraz de la relación de trabajo constituye la primera descripción de la forma excluyente, arbitraria y violenta en que se organiza el trabajo de las personas en Guatemala, la segunda manifestación de ese modelo de gobernanza de las relaciones de trabajo, pero la primera en orden de relevancia por su gravedad, es la discriminación antisindical.

Existe un vinculo directo entre el respeto a la organización sindical de los trabajadores y al derecho de negociar colectivamente sus condiciones e intereses vinculados con el trabajo y la posibilidad de alcanzar justicia social.[23] Y es que la justicia social, entendida como una aspiración universal, no solo es un requerimiento supremo para el ámbito local de Guatemala; por el contrario constituye, según la OIT, el medio para lograr equilibrar el profundo desajuste provocado por el modelo neoliberal que ha hecho prevalecer los intereses corporativos globales del capital sobre el interés social de los seres humanos.

23. La Constitución Política establece en los artículos 101 y 118 que tanto el régimen laboral como el régimen económico y social de la república tienen que organizarse en función del principio de la justicia social.

Esos desajustes implican la urgente necesidad de asumir la aspiración de justicia social como principio rector de las políticas con verdadero sentido democrático y con la posibilidad de lograr cohesión social y una lucha contra la pobreza y desigualdades crecientes y promover una globalización equitativa.[24]

El derecho a organizarse libremente y a negociar, es un derecho fundamental de los trabajadores porque constituye una garantía estratégica para lograr los fines que se proponen desde la perspectiva de la justicia social. Esa relevancia estratégica consiste en que la organización de los trabajadores[25] es un requisito indispensable para darle al Estado, desde la nueva perspectiva de re estatización de la sociedad, la legitimidad de gobernanza por medio de pactos sociales, especialmente los pactos laborales.

La CEPAL reconoce y recomienda que una de las decisiones políticas relevantes para la construcción de la estructura estatal que permita desarrollar a la sociedad bajo el principio de justicia social, lo constituyen los pactos sociales laborales con las organizaciones de trabajadores (CEPAL, 2010; p.261). Se plantea con claridad que el deseo de recuperación de estructura institucional del Estado para la regulación de las actividades económicas y sociales exige la renovación de pactos sociales que permitan renovar, fortalecer y desarrollar la estructura institucional de regulación del mercado de trabajo.

---

24. Esta idea fue recogida en la declaración del 2008 emitida por la Conferencia Internacional del Trabajo la cual se conoce como: "Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa".

25. Se entiende por organización de los trabajadores cualquier organización que éstos decidan constituir para la defensa de sus intereses, artículo 10 del Convenio 87 de la OIT sobre Libertad Sindical. Esta definición normativa es importante porque el sindicato no es la única forma reconocida internacionalmente como organización de trabajadores. Cualquier asociación, comité, coalición, etc. que se constituya, siempre y cuando defienda en forma exclusiva los intereses de los trabajadores, es reconocida como tal según este convenio de la OIT.

Ese reforzamiento de la institucionalidad laboral se considera estratégico para garantizar, a largo plazo, una estrategia de desarrollo económico y social para el país. En estos pactos sociales, y en particular en los de naturaleza laboral, se pone en juego la necesidad de legitimación del Estado.

La legitimación es una relación entre ciudadano y poder público. La identidad juega un papel fundamental para que la ciudadanía reconozca o rechace las políticas públicas. Sin identidad por parte de los trabajadores de su propia condición y sin acción colectiva a partir de ese reconocimiento de sí mismos el Estado se presenta ilegitimo frente a la mayoría de la población. Es pocas palabras, un Estado ajeno a los trabajadores, es un Estado de otros, de aquellos con quien sí tiene legitimación y encuentra identidad: los empresarios, asumidos en ese informe desde su calidad de empleadores o patronos, ya que se está haciendo esta descripción desde el mundo laboral.

Sin esa legitimidad las políticas o reformas realizadas por el Estado "corren el riesgo de quedar confinadas en el cajón sellado del voluntarismo y las buenas intenciones" (CEPAL, 2010;p.255). Sin embargo hay que resaltar que cuando la política iniciada por el Estado queda como una "buena intención" implica aceptar la circunstancia que se ha intentado organizar el ejercicio del poder público bajo un discurso populista en el cual se aceptan las reglas del juego democrático. Pero, por muy polistas que sean los gobernantes, se siguen manteniendo las prácticas excluyentes, violentas y autoritarias de ejercicio del poder al estilo oligárquico, en donde se permite aparentes cambios para que todo siga igual (Casaús: 2007; p. 257).

Por esa razón aunque la élite económica empresarial y el gobierno acepten formalmente regirse por las reglas democráticas

establecidas por los derechos fundamentales en el trabajo que les imponen el deber de reconocer y respetar el ejercicio de la libertad sindical y negociación colectiva, el estilo de gobierno oligárquico continua manteniendo su carácter arbitrario y excluyente al tolerar y fomentar actos de discriminación antisindical que van desde los despidos antisindicales hasta la violencia directa como el asesinato de sindicalistas.

En el pasado y en la actualidad el estado guatemalteco mantiene un curso contra la corriente dominante, en lugar de aliarse con los trabajadores para gobernar, los reprime y mantiene una tolerancia total a los actos de discriminación antisindical. El terror y la violencia que derivan de los actos de discriminación antisindical es una forma más simple para gobernar, se prefiere eso en lugar de organizar el trabajo bajo formas más matizadas de control de la mano de obra (Levenson: 2007; p. xvi) como podría ser: mantener espacios de diálogo social respetando la libertad sindical.

La discriminación en contra de los trabajadores que se organizan expresa, no solo el carácter del Estado, sino principalmente es expresión de la ideología con la que la élite dominante legitima su poder frente a los trabajadores. La oligarquía guatemalteca no hace esfuerzos creíbles de legitimar su poder económico y político sobre la base de la cohesión social. La existencia de la discriminación, como acción política, social y económica de exclusión, demuestra su verdadero carácter autoritario, esas prácticas destruyen el sentimiento de colectividad en la sociedad (Levenson: 2007; p. 65).

Al destruir ese sentido de colectividad o de cohesión social se hace inviable el alcance de la justicia social. Así se mantiene el estado actual de situación en beneficio de una élite. Por esa razón se

discrimina a los trabajadores que se organizan, por que su organización le da al trabajador el sentido de identidad para reclamar del Estado un trato igualitario en el trabajo; permite a la mayoría de la población tener voz y fuerza de acción para requerir justica social y para transforma una situación un mal común, con relación a su situación económica y social, en un bien común.

Los trabajadores organizados pueden, por ejemplo, defenderse contra prácticas degradantes como la del disfraz de la relación de trabajo; son capaces de, como se ya se indicó, fortalecer la capacidad institucional de regular el mercado de trabajo por medio de la ley laboral y con esta capacidad, lograr una justa distribución de la riqueza creada por medio del trabajo. Organizados los trabajadores son capaces de alzar su voz y participar en la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas que deben realizarse, desde el Estado, para mejorar su condición de vida, la de ellos y la de sus familias; en definitiva es la vía para la construcción de una sociedad democrática, incluyente e igualitaria, por la organización de los trabajadores es la vía para garantizar el desarrollo.

Así, visto como un sueño, es fácil despertar a la realidad y ver que el sector patronal y, particularmente el Estado como tal y como patrono, toleran y fomentan la discriminación antisindical, precisamente para mantener un estado oligárquico en beneficio de la élite económica.

II. La discriminación antisindical

Discriminar significa tratar en forma anti igualitaria a una persona. Se supone, según el artículo 4 de la Constitución Política, que todas las personas son iguales en dignidad y derechos. En el caso de la discriminación en el ámbito laboral significa que el patrono prefiere o excluye a un tipo de trabajador o trabajadora frente a otros.[26]

Esa preferencia o exclusión se expresa desde el momento del acceso al empleo, durante éste y en el momento de terminar la relación de trabajo. Los motivos de la preferencia, puede ser por diferentes motivos: por sexo (la discriminación contra la mujer en el empleo), por edad (la discriminación contra las personas mayores de determinada edad), por motivos étnicos (discriminación contra los indígenas) y por otras más, pero una muy particular es preferir a los trabajadores que no se organizan.

Los patronos excluyen del acceso al empleo, no le dan trabajo, a aquellas personas que ejercen su derecho a organizarse, las listas negras de personas que han participado en un movimiento laboral –coaliciones o sindicatos- son muestra de este tipo de exclusión; también pueden preferir durante el empleo a aquellos que no forman parte o no simpatizan con una organización de trabajadores existente o que esté en formación. Este tipo de discriminación se denomina

26. La definición de discriminación está contenida en el artículo 1 del convenio 111 de la OTI sobre discriminación en el empleo:

> "…el término [discriminación] comprende: Cualquier *distinción*, *exclusión* o *preferencia* basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación"

antisindical y constituye una violación a derechos humanos fundamentales.[27]

Pero la dimensión de la discriminación antisindical no se reduce al ámbito jurídico de la violación de un derecho positivo, es más que eso. La discriminación, siguiendo el esquema explicativo de Casaús sobre el racismo, presenta las siguientes características:

a) Es un elemento histórico-estructural. Esto significa que la discriminación antisindical existe dentro del ámbito del carácter de las relaciones sociales de producción y que su práctica, es decir, la acción de los patronos a excluir a los trabajadores que se organizan para defender sus derechos, es una práctica que presenta continuidad a lo largo del tiempo. A partir que los trabajadores institucionalizan sus formas de organización para actuar frente al patrono y ante el Estado, es decir a principios del siglo XX, los patronos asumen esta práctica de discriminación antisindical y organizan un régimen político bajo el cual el Estado fomenta la discriminación y produce impunidad a favor de los patronos.

Esta característica permite evitar que se considere que la discriminación es un asunto meramente cultural que puede controlarse con "buenas prácticas" o con campañas y compromisos de responsabilidad social empresarial.

Ser un empleador que ejerce discriminación sobre los trabajadores no es un problema moral o de conducta, es una

27. El marco normativo de discriminació n antisindical se encuentra regulado por los convenios 87 y 98 de la OIT, ambos ratificados por el Estado de Guatemala, y se concreta con la jurisprudencia del **Comité de Libertad Sindical**. Este derecho tiene el carácter de Derecho Fundamental según ha sido reconocido en la declaración de 1998 de la Conferencia Internacional de Trabajo. La aplicación de estos convenios desde la perspectiva particular de la jurisprudencia citada se hace a partir del inciso t) del artículo 102 de la Constitución Política de la República.

característica del modelo o carácter del tipo de relaciones sociales de producción que se basan en la discriminación para organizar el reparto de tareas, el sistema de salarios, la forma en que ejerce disciplina en el trabajo, etc.

Por ejemplo, para que el régimen de trabajo se caracterice por disfrazar las relaciones laborales con falsos contratos de servicios profesionales o técnicos, primero debe existir un sistema de discriminación antisindical ya que la ausencia de organización por parte de los trabajadores facilita la implementación de estos fraudes. De esta forma también la explotación del trabajo infantil y de la mujer es posible si no existe organización de trabajadores; de igual manera, mantener un régimen de trabajo forzoso, donde se obliga a las personas a laborar jornada extraordinaria bajo la amenaza de que si no lo hace se le va a despedir, es más fácil de imponer en aquellos centros de trabajo en donde no exista organización. Pagar menos del salario mínimo a los trabajadores es posible mientras no exista organización.

La resolución No. 09-2012 del 17 de septiembre de 2012 emitida por el Director General de Trabajo, Mario Iván Alfaro Vilela, en donde niega la personería jurídica del sindicato de trabajadores de la Secretaria de Planificación y Programación de la Presidencia –**SEGEPLAN**– con el argumento que los integrantes del sindicato son contratos por 029 y 189 es una muestra del funcionamiento de la estructura de discriminación. Posteriormente, Fernando Carrera, autoridad máxima de esa entidad dejó sin efectos los despidos y reconoció al sindicato, pero al finalizar el contrato, supuestamente temporal de los sindicalistas, los despidió nuevamente el 31 de diciembre de 2012. Así se desarticuló casi por completo la organización.

El caso de los trabajadores municipales de San José el Rodeo del departamento de San Marcos es muy ilustrativo de este tipo de discriminación antisindical. La solicitud administrativa para la inscripción de la personalidad jurídica tuvo más de un año de retraso en la Dirección General de Trabajo. Al final cuando se iba a resolver, ya estaba de alcalde un alcalde del Partido Patriota –oficialista para el 2012- quien se presentó a la entidad del Ministerio de Trabajo presentando ocho renuncias de los miembros fundadores del sindicato. El Director General de Trabajo, Mario Iván Alfaro o Vilela, sin más consideración que el haber recibido las renuncias presentadas por el patrono, declara sin lugar la inscripción de la personalidad jurídica del sindicato aduciendo que no tenía el número mínimo de integrantes.

Este acto es un claro ejemplo de cómo se le otorga intervención al patrono en actos administrativos que, en principio legal, no debería participar el patrono. Además no se realizó ninguna investigación con relación a que si las renuncias se habían ejecutado en plena libertad.

Otro caso del reflejo de toda la estructura de discriminación antisindical en el sector público, muy bien documentado y respaldado, es el desconocimiento del derecho a formar sindicato por parte del Ministerio Público en contra de los agentes de seguridad de esa institución. En marzo del 2012 los agentes de seguridad plantearon una revocatoria en contra de la decisión, nuevamente por la negativa a inscribir la personalidad jurídica de la organización, esta vez por motivo de que el Ministerio de Trabajo los considera fuerzas policiales, argumento también sostenido por el patrono Ministerio Público. Según la definición legal, que excluye del derecho a formar sindicato a las fuerzas armadas y a la policía, los únicos excluidos son los agentes de la Policía Nacional Civil y los miembros del Ejército de Guatemala.

Todas las demás fuerzas de seguridad, aunque estén armadas, no están excluidas de ese derecho.

Por ejemplo, la guardia del Banco de Guatemala tiene derecho a formar sindicato. Todos los miembros de las empresas de seguridad privada también lo tienen. En definitiva no procede la negativa de inscripción porque los agentes de seguridad del Ministerio Público no ejercen funciones de policía. A esto hay que agregar que los trabajadores han denunciado una serie de actos de represalia que incluye malos tratos, traslados ilegales y disminución de derechos, todos constitutivos, como se explicará más adelante, de actos directos de discriminación antisindical, inclusive como delitos.[28]

Un relato con abundantes indicios de discriminación antisindical se observa en las discusiones que sostuvo la Junta Directiva del Instituto Nacional de Estadística **–INE-** cuando la Gerencia de esa entidad envió para su refrendo el pacto colectivo de condiciones de trabajo que ya había sido suscrito entre las partes en forma legítima y legal. Las actas números 27 y 28, ambas del, 2007, demuestran con claridad los argumentos de discriminación de los miembros de Junta Directiva.

El extremo de esta actitud discriminatoria se observa cuando el asesor laboral de la entidad, Rolando Escobar –quien había sido magistrado ante la Corte de Apelaciones de Trabajo-, les explica que el pacto es legal porque se consideran derechos sociales mínimos y los directivos acuerdan prescindir de los servicios de este asesor y contratar un verdadero "especialista". Posteriormente contratan a

28. Este caso es paradigmático porque refleja la política de discriminación antisindical que existe en el Ministerio Público a lo interno, es decir como patrono, pero también se relaciona con el carácter ideológico antisindical que caracteriza a las autoridades superiores de esa entidad cuando asumen tratar los casos de violencia contra sindicalistas.

otro abogado que se encarga de entrampar con litigio malicioso el proceso colectivo que es rechazado inicialmente por los tribunales.

En relato en las referidas actas es una prueba magnifica de la existencia de la discriminación antisindical en el sector público.

Otro caso, esta vez en el ámbito judicial, es la discusión, en el 2005, en conflicto colectivo del sindicato de la Secretaria de Obras Sociales de la Esposa del Presidente de la República. El tribunal de conciliación que fue instaurado prácticamente redujo todo el pliego de peticiones del sindicato a recomendaciones que simplemente reproducen los derechos sociales mínimos que ya están regulados en la ley.

De esta forma, la discriminación antisindical opera como un elemento estructural del sistema de relaciones sociales de producción. Es un elemento que configura el carácter de explotación económica que caracteriza a la sociedad guatemalteca.

b) Es un elemento justificador de la ideología dominante. Para legitimar el régimen político del Estado que garantiza el modelo oligárquico, es necesario ejercer un sistema de dominación que se legitime por medio de una ideología que asegure a la élite dominante la justificación de su actitud antisindical. Esta justificación ideológica atraviesa dos grandes momentos de la historia guatemalteca de la organización de los trabajadores: el primero, referido de la primera mitad del siglo pasado a la firma de la paz en 1996. La ideología de la clase dominante justificó su actitud antisindical acusando a las organizaciones de trabajadores de ser comunistas, en un primer momento, y luego de ser terroristas o subversivos durante el conflicto armado. Esa justificación sirvió como estereotipo para legitimar la ola de terror sangriento por parte del Estado en la persecución de sindicalistas; legitimó para la clase dominante el secuestro, tortura,

asesinato o desaparición de cualquier trabajador organizado (Levenson: 2007; p.189).

La segunda, aunque diferente no excluye que aún se mantengan los estereotipos anticomunistas del siglo pasado, consiste en considerar que la única posibilidad de alcanzar una productividad que permita la competitividad de la economía guatemalteca consiste en que no existan organizaciones sindicales. Se crea una ideología en donde se considera que los centros de trabajo que reconocen una organización sindical son menos productivos que aquellos en donde existe una "paz laboral" que es impuesta con violencia de manera que no existe sindicato.[29]

Las conclusiones del estudio realizado por el CIEN en 2002, para cuantificar el efecto negativo de los sindicatos en la productividad, son una muestra de la ideología dominante antisindical al identificar que los sindicatos son una causa directa en la pérdida de productividad (CIEN: 2002; p.28):

> *"La percepción general entre los empresarios guatemaltecos es que los sindicatos tienen un efecto negativo en las empresas. Por consiguiente, los empresarios llevarán a cabo varias actividades para prevenir la formación de los mismos. Aunque es difícil de empezar un sindicato, una vezestablecido, éste puede*

29. Muestra de esta ideología es el planteamiento del Centro de Investigaciones Económicas Nacionales -CIEN- que en el 2002 realizó un de estudio titulado: "Los efectos de los sindicatos en la productividad: Evidencia de las grandes fincas de café en Guatemala". Los autores del estudio fueron: Sigfrido Lee y Carmen Urízar, con el apoyo de Hugo Maul. El estudio se financio con un proyecto del BID relativo a la red de centros de investigación. El planteamiento teórico y las premisas del estudio constituyen actos expresos de discriminación. Es como si en un estudio se intentará cuantificar el costo negativo de la contratación de mujeres o de indígenas; o que se estableciera que es más productiva una empresa con trabajadores protestantes que las que tienen católicos.

ser muy poderoso debido a que la legislación laboral es sesgada a favor de los trabajadores y los sindicatos. Los empleadores son obligados por la ley anegociar pactos colectivos con el sindicato. Es más, el sindicato puede llamar a huelga y, siun juez declara que ésta es legal y justa (por ejemplo, que el empleador haya negado injustamente a los trabajadores un aumento o cualquier otro beneficio, cuando él puede concederlo), el empleador carga con todos los costos.

Basado en nuestro análisis empírico, existe fuerte evidencia de que los sindicatos tienen un efecto negativo en la productividad…… Utilizando diferentes metodologíasde estimación, la variable sindicato tuvo un consistente efecto negativo en la productividad.”

Este tipo de planteamiento corresponde a un elaborado mecanismo ideológico de dominación para mantener legítimas las prácticas antisindicales en el sector patronal. Crea lo que Casaús indica como "cohesión de clase dominante" porque al establecer que la productividad es una meta deseable para toda la sociedad, fundamentalmente porque es un elemento de la estrategia de desarrollo económico y social del país, trata de legitimar, sobre la base de una investigación empírica, que la disminución de la productividad es consecuencia de la existencia de un sindicato.

Es decir, si los trabajadores ejercen el derecho humano fundamental de organizarse se afecta la productividad, por lo tanto para la clase dominante, y esto es para todos los integrantes de este sector, es legítimo realizar prácticas antisindicales ya que de esta forma estarían defendiendo el interés por la tan ansiada productividad como medio de desarrollar el país. Pero en ningún momento del estudio se

asume que si los trabajadores se organizan es principalmente para defenderse de malos tratos, de situaciones de explotación económica y de incumplimiento de sus derechos sociales mínimos, como el pago del salario mínimo. No se establece que la organización no solo es un medio de defensa de los trabajadores frente a la injusticia del patrono, sino que además, como indica la CEPAL es un instrumento estratégico para la cohesión social y la posibilidad de desarrollo por medio de pactos sociales laborales.

Se reconoce en el estudio que los patronos, al tener una percepción negativa del sindicato, realizarán todo para prevenir su formación. Esto es precisamente lo que se hace en Guatemala ejercer tanta presión, incluso violencia, para que no se cree el sindicato. Ya que, una vez creado –advierte el estudio- se puede "volver muy poderoso" porque la legislación lo protege. Este relato, en la conclusión del estudio, es muy revelador porque reconoce la necesidad de apartar el contacto ciudadano con la institucionalidad formal que, de manera positiva, regula el mercado de trabajo. Es decir, crea un estereotipo que justifica actuar en contra de los trabajadores para que no se "conecten" a esa institucionalidad. Implica también actuar en contra de la propia institucionalidad, como se expondrá más adelante.

Esta ideología se basa en estereotipos que se han creado sobre la base de prejuicios y de diferenciaciones reales o imaginarias que tratan de justificar la dominación de los trabajadores bajo un régimen político en donde no se permite la organización laboral.

Como elemento ideológico, la discriminación antisindical al igual que la ideología racista, atraviesa todas las estructuras sociales y conforma una cultura política en donde no solo los patronos, sino toda la sociedad puede asumir un paradigma ideológico antisindical.

Por esa razón los mismos trabajadores, particularmente los operadores del sistema de justicia, pueden tener una ideología antisindical y decidir sobre la base de ese imaginario no participar en un organización para la defensa de sus derechos o actuar, desde el ejercicio de su función pública, en contra la aplicación de las leyes que, como advierte el CIEN, vuelven muy poderoso a un sindicato.

De esta forma se legitima no solo la discriminación directa sino también la impunidad de los actos de discriminación. Se asumen como válido, incluso como normal, los despidos masivos antisindicales o la negativa de cumplimiento de las ordenes de reinstalación; también se justifica como normal el retraso en la inscripción de la personalidad jurídica de un sindicato o incluso se justifica con estereotipos inventados su rechazo absoluto por parte del Estado.

La incidencia en el Estado de este planteamiento ideológico eleva su capacidad política cuando este estudio sirvió de base para la definición de la política laboral de AGEXPRONT[30] que establece que los sindicatos son negativos para la productividad y que sería más conveniente tener un sistema en donde se optara por "asociaciones solidaristas"[31] y no solamente por sindicatos de trabajadores, y que este sistema no incluyera la participación del Estado:

> *"Si bien en varios países se ha demostrado que los sindicatos afectan positivamente a las empresas, los empresarios guatemaltecos suelen tener el prejuicio de*

---

30. En la actualidad denominada Asociación Guatemalteca de Exportadores. Es una organización empresarial que conforma el sector privado organizado junto con el CACIF. En su política laboral realizan la aclaración que por "coincidencia de conceptos" con el CIEN, los documentos técnicos han sido elaborados conjuntamente. Es decir, se puede interpretar, que poseen la misma ideología antisindical.

31. Las asociaciones solidaristas son consideradas un acto de injerencia del patrono en la libertad sindical y constituyen una violación directa al convenio 98 de la OIT sobre libertad de sindicación.

considerar que los sindicatos afectan de manera negativa a la empresa. El CIEN realizó un estudio en el 2002, para el cual utilizó distintas metodologías de estimación, concluyendo que tanto los sindicatos19 por sí mismos, como por su interacción con otras variables (tierra y altura del cultivo) afectaban negativamente la productividad." (página 35, Política Laboral, AGEXPOR 2004)

Finalmente, aunque este aspecto merece un estudio específico, la ideología antisindical justifica por medio de estereotipos y prejuicios la violencia en contra de los trabajadores. Por ejemplo cuando se amenaza de muerte o se asesina a un sindicalista la ideología antisindical justifica la violencia creando explicaciones informales de que los hechos no tienen relación con "actos de prevención patronal" en contra de la organización, sino que son hechos que dependen de la violencia común o lo ligan al narcotráfico.[32]

Por ejemplo, en el 2010 el delegado gubernamental de Guatemala explicó ante la OIT que la violencia contra sindicalistas no era algo especial sino que se daba dentro del marco de toda la violencia en contra de personas, de esta forma restaba relevancia a la existencia de actos de discriminación antisindical. Sus estereotipos ideológicos se aprecian en el relato de su intervención:

32. Esta referencia puede observarse en las actas de la Comisión de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo en donde en reiteradas ocasiones los representantes gubernamentales y los empleadores reducen los actos de violencia, especialmente los asesinatos, de personas que tienen en común pertenecer a un sindicato, a simples actos de violencia común o vinculadas con el narcotráfico. Para acceder a estas actas se puede consultar en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11110:0::NO:11110:P11110_COUNTRY_ID:102667

"En cuanto a la cuestión de la impunidad, indicó que la impunidad y la violencia generalizada son problemas que preocupan a las autoridades y que en el año 2009 hubo 6.000 personas asesinadas. En cuanto al esclarecimiento de casos por actos de violencia contra sindicalistas, el Ministerio del Trabajo trata de determinar con precisión si las personas cuyos nombres aparecen en quejas contra el Gobierno pertenecieron o no a un sindicato; el estado de los procesos y la organización a la que pertenecían. Afirmó que en la mayoría de los informes se lee que el fallecimiento se debió a causas no relacionadas con actividades sindicales. Uno de los mayores problemas que enfrenta el Gobierno es que en muchos casos, las quejas son promovidas por entidades que actúan de hecho, por lo tanto los afiliados no están empadronados en el Registro Laboral del Ministerio de Trabajo y éste carece de la in-formación indispensable para determinar si las víctimas pertenecían a un sindicato." (Comisión Normas 2010, Acta Provisional No. 16, página 32)

Este tipo de justificación ideológica, repetida a lo largo del tiempo por la clase dominante, es reiteradamente reproducida por los funcionarios públicos a lo largo de más de doce años en que Guatemala ha sido señalada por los actos de violencia antisindical en los foros de control normativo de la OIT. En 2012 Javier Monterroso, en representación del Ministerio Público a cargo de la Fiscal General Claudia Paz, declaró en el diario el Periódico:

"Javier Monterroso, asesor del MP, detalló que de los 58 casos de sindicalistas asesinados que se registran desde 2008, solo 2 se pueden considerar como represalia sindical, el resto de asesinatos tienen otros móviles como el robo, violencia intrafamiliar, disputas por terrenos y conflictos comunitarios.

La información presentada se encuentra bajo reserva porque solo se han concluido 5 casos que han llegado a sentencias, en 8 casos más se encuentra pendientes de ejecutar se las órdenes de captura, otros 4 casos tienen avances sustanciales en las investigaciones y uno más está pendiente de llegar a debate. " (El Periódico, edición del 19 de junio de 2012, en línea: http://www.elperiodico.com.gt/es/20120619/economia/213831/)

El estereotipo ideológico antisindical que califica la violencia como actos comunes está presente en esta declaración en forma evidente porque se trata de una declaración oficial realizada por un alto funcionario del Ministerio Público cuando dentro de los procesos formales de investigación aún no se ha concretado que dichos asesinatos no tengan relación con el ejercicio de la libertad sindical, y muy especialmente, se hace evidente el carácter ideológico de la discriminación antisindical cuando los criterios de política criminalvigentes en esta institución omiten considerar los parámetros normativos internacionales relativos a actos de discriminación antisindical.

La creación de ideología dominante para restar relevancia a las prácticas de control de los trabajadores por medio de la violencia como mecanismo de discriminación antisindical se ha construido en forma muy elaborada desde las dictaduras militares. De esa manera se evidencia el elemento histórico estructural afirmado por Casaús. La discriminación subsiste, como ideología dominante, a través del tiempo y se mantiene como aparato legitimador del Estado como instrumento represor de la organización de los trabajadores y a favor del modelo económico oligárquico.

Las declaraciones del asesor de la Fiscal General, Claudia Paz, no difieren de las declaraciones realizadas bajo el régimen de facto

del General RiosMont o de Mejía Victores. Por ejemplo, en un caso de violencia antisindical en donde las organizaciones sindicales denunciaron que Edgar Paz, miembro del Sindicato de Acción y Mejoramiento Ferrocarrilero, fuese apresado por un grupo armado de civiles y luego amarrado a un árbol y al rociarle gasolina sufrió quemaduras en todo el cuerpo, las autoridades del gobierno de Guatemala contestaron ante la OIT que:

> *" Edgar de la Paz que, según los querellantes tendría 28 años y trabajaría en los ferrocarriles, sería en realidad Edgar Paz Tello, trabajador de la Zona Vial, y pertenecería, de hecho, a la Asociación de Trabajadores de Caminos. Según el Gobierno el propio interesado habría declarado a la prensa nacional que, en la madrugada del día 29 de noviembre, encontrándose en estado de ebriedad se quedó dormido en la vía pública, momento que aprovecharon ladrones comunes para robarle un cheque de 100 quetzales y su licencia de conducir. Posteriormente, le rociaron gasolina y le prendieron fuego. Como estaba en estado inconsciente, tuvo que ser llevado por varias personas al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, donde fue atendido y posteriormente enviado a su casa;" (Caso 1195 del CLS de OIT, presentado en abril de 1983)*

Con relación a la profesora María Luisa Recinos Satoj, los sindicatos denunciaron ante la OIT que fue hallada muerta después de una semana de secuestro su cadáver se habría descubierto atado de pies y manos, con claras señales de tortura y mutilaciones; elgobierno declaró que el hecho se debía a un problema "pasional" y explicó su versión en los siguientes términos:

> *"…la profesora María Luisa Recinos Satoj que, según los querellantes, tendría 39 años no sería maestra de educación primaria sino doméstica del bar "Las Américas" de Escuintla.*

Según la propietaria de su vivienda, la interesada habría salido de su domicilio el 25 de noviembre de 1986 para participar en una fiesta que se celebraba en el salón municipal de la localidad. Ahora bien, el 26 de noviembre, se habría descubierto el cadáver de la Sra. Recinos Satoj en la finca San Antonio La Ceiba, a 158 kilómetros de Escuintla. Se sospecha que el criminal es el amante de dicha señora quien la había amenazado de muerte en anteriores ocasiones y quien está siendo buscado por la policía. El Gobierno insiste en que estos hechos demuestran que la interesada no pertenecía a la Asociación Magisterial de Guatemala y que no fue secuestrada durante una semana y afirma que el crimen es de origen pasional" (Caso 1195 del CLS de OIT, presentado en abril de 1983)

Decenas de casos conocidos por el Comité de Libertad Sindical desde esos años hasta la actualidad son muestra de la continuidad histórica de la ideología dominante, de carácter antisindical, en los funcionarios del sistema de justicia guatemalteco.

VIII. Castigo contra el comportamiento patronal de discriminación antisindical

Desde la perspectiva de la institucionalidad formal del Estado, existe una amplia estructura jurídica que sanciona la discriminación antisindical. Esta estructura puede dividirse en dos ámbitos o materias: a) lo laboral propiamente dicho, b) lo penal, cuando el acto de discriminación constituye un delito y c) lo administrativo.

Para empezar la descripción de este régimen legal hay partir por la definición normativa internacional de actos de discriminación antisindical que se encuentra en el artículo 1 del Convenio 98 de la

OIT define normativamente las siguientes acciones como casos de discriminación antisindical:

> *"…1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de* ***discriminación*** *tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.*
>
> *2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:*
>
> *a. sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;*
>
> *d. despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo."*

Esta norma de carácter universal es interpretada por el Comité de Libertad Sindical de la OIT y expresada en términos concretos a través de las decisiones[33] que esté órgano emite y que permite precisar la idea concreta sobre lo que representa un acto de discriminación antisindical:

> ***770.*** *Ninguna persona debe ser objeto de discriminación en el empleo a causa de su actividad o de su afiliación sindical legítimas, ya sean presentes o pasadas.*

33. Estos párrafos se encuentran en la 5ta. edición de la Recopilación de Decisiones del Comité de Libertad Sindical de la OIT.

771. Nadie debe ser despedido u objeto de medidas perjudiciales en el empleo a causa de su afiliación sindical o de la realización de actividades sindicales legítimas, y es importante que en la práctica se prohíban y sancionen todos los actos de discriminación en relación con el empleo.

772. Ninguna persona debería ser objeto de discriminación o de perjuicios en el empleo a causa de su actividad o de su afiliación sindical legítimas, y debe sancionarse a las personas responsables de la comisión de tales actos.

773. En vista de que unas garantías inadecuadas contra los actos de discriminación antisindical, en particular contra los despidos, pueden tener por efecto la desaparición de los propios sindicatos, cuando se trata de organizaciones limitadas a los trabajadores de una sola empresa, deberían contemplarse otras medidas con el fin de garantizar a los dirigentes de todas las organizaciones, a los delegados y a los miembros de los sindicatos una protección más completa contra todo acto de discriminación.

780. La protección contra la discriminación antisindical deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera del lugar de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

__786.__ Los actos de acoso e intimidación perpetrados contra los trabajadores por motivo de su afiliación sindical o de sus actividades sindicales legítimas, aunque no impliquen necesariamente perjuicios en su empleo, pueden desalentarlos de afiliarse a las organizaciones de su elección, lo cual constituye una violación de su derecho de sindicación.

__787.__ El otorgamiento de gratificaciones al personal no afiliado a la organización sindical – aun si no es a la totalidad de los trabajadores no afiliados – excluyendo de ellas a todos los trabajadores afiliados en momentos que existe un conflicto colectivo, es un acto de discriminación antisindical contrario al Convenio núm. 98.

__788.__ Las obligaciones contraídas por el gobierno con arreglo al Convenio núm. 98 y los principios de la libertad contra la discriminación antisindical no sólo abarcan actos de discriminación directa (como descenso, despido, traslados frecuentes, etc.), sino también la necesidad de proteger a los trabajadores sindicados contra ataques más sutiles que pueden resultar de omisiones. En este sentido, los cambios de propietario no deben privar a los empleados del derecho de negociación colectiva ni menoscabar directa o indirectamente la situación de los trabajadores sindicados y sus organizaciones.

__789.__ Teniendo en cuenta la importancia de la independencia de las partes en la negociación colectiva, las negociaciones no deberían llevarse a cabo en

nombre de los trabajadores o de sus organizaciones por conducto de representantes designados o controlados por los empleadores o sus organizaciones.

791. *En ciertos casos en que en la práctica la legislación nacional permite a los empleadores, a condición de que paguen la indemnización prevista por la ley en todos los casos de despido injustificado, despedir a un trabajador, si el motivo real es su afiliación a un sindicato o su actividad sindical, no se concede una protección suficiente contra los actos de discriminación antisindical cubiertos por el Convenio núm. 98.*

795. *No se deberían autorizar los actos de discriminación antisindical bajo pretexto de despidos por razones económicas.*

796. *Los programas de reducción de personal no deben utilizarse para llevar a cabo actos de discriminación antisindical.*

797. *La reestructuración de una empresa no debería menoscabar directa ni indirectamente la situación de los trabajadores sindicalizados y de sus organizaciones.*

800. *El Comité llamó la atención sobre el Convenio (núm. 135) y la Recomendación (núm. 143) sobre los representantes de los trabajadores, 1971, en los que se establece expresamente que los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda*

perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor.

La protección de la igualdad en el trabajo por motivos sindicales presenta una relación directa con la protección efectiva de garantías públicas. Por esa razón la violación de las leyes que protegen la libertad sindical representa un deterioro al sistema democrático de una sociedad. Los siguientes párrafos de decisiones del Comité de Libertad Sindical de la OIT demuestran ese vínculo directo entre libertad sindical y democracia:

43. *La libertad sindical sólo puede ejercerse en una situación en que se respeten y garanticen plenamente los derechos humanos fundamentales, en particular, los relativos a la vida y a la seguridad de la persona.*

44. *Los derechos de las organizaciones de trabajadores y de empleadores sólo pueden ejercerse en un clima desprovisto de violencia, de presiones o de amenazas de toda índole contra los dirigentes y afiliados de tales organizaciones, e incumbe a los gobiernos garantizar el respeto de este principio.*

45. *Un movimiento sindical realmente libre e independiente no se puede desarrollar en un clima de violencia e incertidumbre.*

__58.__ Un clima de violencia, de presiones y de amenazas de toda índole contra dirigentes sindicales y sus familiares no propicia el libre ejercicio y el pleno disfrute de los derechos y libertades que consagran los Convenios núms. 87 y 98 y todo Estado tiene la inelud-ible obligación de fomentar y mantener un clima social donde impere el respeto a la ley, como único medio para garantizar el respeto y la protección a la vida.

__60.__ El ambiente de temor que resulta de amenazas de muerte a sindicalistas no puede sino incidir desfavorablemente en el ejercicio de las actividades sindicales, ya que dicho ejercicio sólo es posible dentro del respeto de los derechos humanos fundamentales y en un clima desprovisto de violencia, de presiones o amenazas de toda índole.

__155.__ El derecho de expresar opiniones por medio de la prensa o en otra forma es uno de los elementos esenciales de los derechos sindicales.

__156.__ El derecho a expresar opiniones sin autorización previa por medio de la prensa sindical es uno de los elementos esenciales de los derechos sindicales.

Cualquier acta de discriminación antisindical tendría en este sentido los tres niveles de sanción referidos al inicio de este apartado:

Ámbito Laboral:

Con base en el artículo 1 del C98 de la OIT, el Protocolo de San Salvador y la prohibición específica contenida en el inciso c) del artículo 62 del Código de Trabajo, todo despido antisindical es nulo. En consecuencia con declaración judicial es posible la reinstalación de la persona agraviada y el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir mientras se mantenga la situación de discriminación sosteniendo su separación en el empleo. Esta reparación constituye el aspecto de acción laboral ante la jurisdicción privativa de trabajo y que corresponde a lo que se conoce como procesos de reinstalación, que vendría a ser un mecanismo procesal de tutela del derecho humano fundamental de libertad de sindicación.

Además si se produce un daño en el empleo, que no sea el despido, este debe ser indemnizado en concepto de responsabilidad laboral determinada también a través de una declaración judicial. Por ejemplo, traslados, suspensiones sin goce de salario, reducción de salarios, etc. pueden ser discutidos en juicio ordinario o, si existe un proceso colectivo, por medio de un incidente de represalias para deducir una indemnización y la reparación de la situación afectada.

Es importante señalar un aspecto relevante de la forma en que opera la discriminación antisindical en casos del sector público cuando trata de desacreditar el uso de los mecanismos de reparación laboral. Cuando se reinstala a un trabajador despedido en estas circunstancias la entidad nominadora tiene que pagar los salarios y prestaciones dejadas de percibir durante todo el tiempo que estuvo despedida en forma ilegal el trabajador o trabajadora.

La estructura de dominación crea un prejuicio con el objeto de desacreditar al trabajador reinstalado consistente en que no es justo

pagarle con fondos públicos, originados por el pago de impuestos de los ciudadanos, las elevadas sumas de dinero que se acumulan.

Sin embargo la Corte de Constitucionalidad en el expediente 1883-2011 declaró que en los casos en que esto sucede, según la ley de Probidad, son responsables de pagar ese dinero al fisco los funcionarios que dieron lugar a los despidos ilegales y los jueces que retrasan la efectiva reinstalación de los trabajadores.

Ámbito Administrativo:

El inciso e) del artículo 272 del Código de Trabajo impone "multas" por violación a disposiciones relativas a la huelga, lo cual tiene relación con el ejercicio de la Libertad Sindical en materia de Negociación Colectiva. En este caso la administración del Organismo Ejecutivo debería actuar en ejercicio de la facultad contenida en el artículo 415 del Código de Trabajo en tutela del derecho humano fundamental de libertad sindical sancionado al patrono transgresor.

Sin embargo no existen disposiciones que sancionen específicamente en el ámbito administrativo los demás derechos sindicales, salvo el régimen común establecidos en los incisos b) y g) del artículo 272 del Código de Trabajo.

Ámbito Penal:

Comité de Libertad Sindical ha considerado que es apropiado que junto con las responsabilidades laborales, en este caso la reinstalación, contra actos de despidos antisindicales, los actos de discriminación antisindical también deberían tener un castigo penal

al ser considerados delitos, esto fue declarado en el párrafo 824 de la Recopilación de Decisiones del Comité:

> ***824.*** *El Comité ha señalado la necesidad de garantizar, mediante disposiciones específicas y sanciones penales y civiles, la protección de los trabajadores contra actos de discriminación antisindical por parte de los empleadores.*

Desde el 2002 se encuentra vigente, en el artículo 202 “bis” del Código Penal” en Guatemala el delito de discriminación que establece:

> ***ARTICULO 202. bis.*** *Discriminación. Se entenderá como discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de género, raza, etnia, idioma, edad, religión, situación económica, enfermedad, discapacidad, estado civil, o en cualesquiera otro motivo, razón o circunstancia, que impidiere o dificultare a una persona, grupo de personas o asociaciones, el ejercicio de un derecho legalmente establecido incluyendo el derecho consuetudinario o costumbre, de conformidad con la Constitución Política de la República y los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos.*
>
> *Quien por acción u omisión incurriere en la conducta descrita en el párrafo anterior, será sancionado con prisión de uno a tres años y multa de quinientos a tres mil quetzales.*
>
> *La pena se agravará en una tercera parte:*
>
> *a) Cuando la discriminación sea por razón idiomática, cultural o étnica.*

b) Para quien de cualquier forma y por cualesquiera medio difunda, apoye o incite ideas discriminatorias.

c) Cuando el hecho sea cometido por funcionario o empleado público en el ejercicio de su cargo.

d) Cuando el hecho sea cometido por un particular en la prestación de un servicio público.

Según este tipo penal encuadraría la discriminación por circunstancia antisindical cuando se ejerza una preferencia, distinción, exclusión o restricción de un trabajador por estar ejerciendo el derecho a organizarse o a ejercer la negociación colectiva. Esto porque son derechos legalmente establecidos de conformidad con la Constitución Política y los convenios 87 y 98 de la OIT, ambos ratificados por Guatemala, por esa razón es que la discriminación antisindical encuadra en la parte general o abierta de este tipo penal.

Para el 2013 se tiene conocimiento de por lo menos cuatro casos en que se ha planteado al Ministerio Público la persecución penal por delito de discriminación por circunstancia antisindical. El primer caso fue en 2010 en contra de la empresa transnacional**Sae A International** dedicada a la maquila de ropa, graves hechos fueron denunciados por el sindicato de trabajadores y el Ministerio Público desestimó la denuncia aduciendo que no existía delito. En el 2011 fue en contra del **Banco de los Trabajadores**–BANTRAB-, en este caso la denuncia por el despido de dos trabajadoras sindicalizadas fue combinada por situación de violencia económica y psicológica contra la mujer. El patrono concilió el caso con las trabajadoras y se logró un relevante mecanismo de reparación a las víctimas, que comprendió no solo aspectos de indemnización económica sino también actos de dignificación para la mujer y el sindicato; al final la persecución penal también fue desestimada por los tribunales penales. El tercer caso se

presentó por el despido de dos trabajadores al estar emplazada la entidad **Procuraduría General de la Nación**–PGN-, nuevamente el Ministerio Público desestimo las denuncias. El cuarto caso, muy relevante ya que avanzó significativamente, fue presentado por el sindicato de trabajadores en contra de representantes del **Registro Nacional de las Personas** –RENAP–.[34]

Por otro lado, existe en conexión con la sanción penal específica por la discriminación, otras figuras penales para casos particulares en donde hay violencia física: homicidio, asesinato, ejecución extrajudicial, etc. Particularmente se relaciona, en caso que se trate de trabajadoras que ejercen su derecho a organizarse, las disposiciones de la ley Contra el Feminicidio y otras formas de violencia contra la mujer.

También existen casos, que sin haber sido planteados directamente como actos criminales de discriminación, constituyen ejemplos de la misma situación. Este es el caso del sindicato de trabajadores existente en el Crédito Hipotecario Nacional –**CHN-** en donde el Procurador de Derechos Humanos, en informe del 7 de marzo de 2007 –exp. Ord. Gua. 180-2006/DESC- establece que existen suficientes indicios para señalar las represalias como proceso de desarticulación y descomposición de la organización sindical ejecutados por las autoridades administrativas del banco, especialmente la responsabilidad directa del Gerente General de la entidad y recomienda instar al Ministerio Público la investigación de las amenazas denunciadas por los directivos sindicales.

---

34. En todos estos procesos los trabajadores tuvieron un rol activo al declarar ante el Ministerio Público, se constituyeron como agraviados e intentaron impulsar la maquinaria estatal de la mejor forma posible. Sin embargo, los tribunales y el Ministerio Público no atendieron los casos tomando en cuenta las decisiones del Comité de Libertad Sindical que establecen la relación jurídica con los convenios 87 y 98 de la OIT para interpretar y encuadrar los hechos con la definición de discriminación antisindical.

En este caso el relato del Procurador de Derechos Humanos puede hacer encuadrar la situación directamente en el delito de discriminación el cual a diferencia del delito de amenazas es de acción pública por lo tanto de oficio deberían hacer actuado las autoridades en su persecución.

También se observa la misma situación en el conflicto laboral que existió en la Superintendencia de Administración Tributaria –**SAT–.** Los hechos denunciados por el sindicato sobre despidos, traslados y represalias podrían encuadrar en situaciones de discriminación bajo lo ya expuesto; y la misma situación se ha dado en casos documentados en el 2010 en el Instituto Nacional de Ciencias Forenses –**INACIF**-.

Bibliografía:

- ✓ Argueta, Alejandro, **El disfraz de la relación de trabajo en Guatemala,** Unión Guatemalteca de Trabajadores –UGT-, 2007.
- ✓ AGEXPORT, **Política Laboral**, 2004.
- ✓ Banco Interamericano de Desarrollo, **Universalismo básico, una nueva política social para América Latina**, 2006.
- ✓ Casaús, Marta E., **Guatemala: linaje y racismo**, F&G editores, 2007.
- ✓ Carmagnani, Marcello **El Otro occidente, América Latina desde la invasión europea hasta la globalización,** Fondo de Cultura Económica, 2004.
- ✓ Centro de Investigaciones Económicas Nacionales**, Los efectos de los sindicatos en la productividad: evidencia de las grandes fincas de café de Guatemala**, 2002.
- ✓ Comisión Económica para América Latina. **La hora de la igualdad, brechas por cerrar caminos por abrir**. Brasilia, 2010.

- Kliksberg, Bernardo, **Hacia un nuevo perfil de estado y servicio civil: los cambios en las percepciones y en las demandas de los latinoamericanos**, IX Congreso Internacional CLAD,Madrid, 2004.
- Levenson, Deborah, **Sindicalistas contra el terror, ciudad de Guatemala 1954-1985,** Asociación para el Avance de las Ciencias Sociales en Guatemala -AVANCSO-, 2007.
- Medellín, Pedro, **La política de las políticas públicas: propuesta teórica y metodológica del estudio de las políticas públicas en países de frágil institucionalidad**, CEPAL, 2004.
- Sojo, Carlos, **La modernización sin estado: el destino privado de las políticas públicas,** Universidad Autónoma de México, México 2004.

Impreso en los Talleres de Ediciones Papiro, S.A.
14 Av. 8-75, Zona 1. Ciudad de Guatemala
PBX: (502) 22537250 • ventas@edipasa.com
Marzo de 2013.

ELABORADO CON EL APOYO DEL
CENTRO DE SOLIDARIDAD













